Geiger

Büttner

Puchta's Vorlesungen

über

das heutige römische Recht.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage.

Zweiter Band.

Vorlesungen

über

das heutige römische Recht

von

Georg Friedrich Puchta.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben

von

Dr. Adolf August Friedrich Rudorff,
Geh. Justizrath und ord. Professor der Rechte zu Berlin.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage.

Zweiter Band.

Leipzig,
Verlag von Bernhard Tauchnitz.
1855.

Vorerinnerung des Herausgebers

zum zweiten Bande.

Das Parbs'sche Supplementheft (vgl. Vorrede zum ersten Theil S. VI. f.) liefert zu dem gegenwärtig erscheinenden zweiten Bande folgende aus verschiedenen Gründen unstatthafte angebliche Verbesserungen. 1) Unrichtige: Zu S. 8 Zeile 11 und 4 v. u., 10, 29. 25, 14. 26, 9 v. u., 36, 4. 38, 16. 42, 21 und 23. 44, 27. 48, 15 und 25. 60, 7 und 15. 69, 9. 70, 5 v. u. 71, 7 v. u. und 3 v. u. 79, 8 v. u. 81, 17. 86, 6. 93, 9. 101, 9 v. u. und 3 v. u. 109, 26. 111, 19. 113, 5. 115, 8 v. u. 125, 2 v. u. 131, 14. 134, 4 v. u. 142, 12 und 22 (?). 145, 16. 154, 13 (?). 156, 10 v. u. 168, 12 v. u. 170, 14. 171, 21. 178, 18. 188, 7 v. u. 191, 1. 196, 10. 197, 2 v. u. 199, 2 v. u. 213, 17. 235, 4 v. u. 250, 14 v. u. 251, 15 v. u. 258, 1. 265, 6 v. u. 310, 10. 314, Anm. 2. 320, 16. 332, 13. 357, 6. 372, 2. 374, 13 und 21. 3 v. u. 378, 26. 382, 15. 407, 20. 419, 19. 420, 21. 431, 5 und 19. 452, 2. 2) In den vorigen Ausgaben schon bemerkte: Zu S. 8 Zeile 4 v. u. 86, 18. 89, 7. 96, 1. 110, 12. 173, 2. 181, 7 v. u. 195, 17. 200, 21 und 29. 206, 3 v. u. 213, 6. 215, 2 und 2 v. u. 223, 12 v. u. 224, 3. 225, 17. 226, 12. 247, 13 v. u. 267, 11. 280, 9. 282, 11 v. u. 297, 22. 307, 1. 315, 19 und 3 v. u. 318, 14. 350, 2. 368, 5. 369, 17. 381, 9 v. u. 385, 11 v. u. 395, 22 (soll heißen: 399, 21). 435, 6 v. u. 437, 3. 447, 6 v. u. 448, 4. 455, 25. 457, 23. 3) Unerfindliche: Zu S. 102 Zeile 15. 110, 25. 199 ult. 347, 15 v. u. 350, 8. 462, ult. 466, 11. 469, 28.

Um so erwünschter war es, daß außer dem Originalheft und dem obigen Supplement wenigstens im Erbrecht noch ein anderes

zuverlässiges Heft eines Zuhörers zu Rathe gezogen und der in den früheren Ausgaben fehlende Schluß des Ganzen, das neunte Buch, §§. 562 bis 565 enthaltend, aus einem eigenhändigen älteren Heft des Verfassers ergänzt werden konnte. Dagegen fehlten leider die Originalblätter zu Beilage XXIV. und XXV., so daß in diesen beiden letzten Beilagen der Text noch auf der früheren Recension beruht.

Eigene Bemerkungen des Herausgebers zu diesem Bande sind in den §§. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 226. 227—229. 230—231. 232. 233. 234. 235. 237. 241. 246. 247. 248. 250. 251. 253. 257. 258. 264—267. 268. 272. 273. 275. 277. 279. 280. 281—282. 283. 285. 286. 289. 290. 294. 302. 305. 307. 308. 309. 310. 316. 317. 327—329. 331—332. 333—334. 347. 352. 355. 360. 362. 364. 365. 366—367. 369. 373. 374. 395. 399. 405. 407—410. 411—412. 413. 415. 416—417. 422. 425. 432. 435. 436—437. 447. 448—450. 454. 455. 457. 458. 462—463. 464—465. 467. 472. 478. 479. 489. 490. 491. 493. 497. 510. 513. 515. 517. 519. 522. 524. 534. 542. 546. 548. 549. 550. 552. 553. 557 und in der Beilage XXI. hinzugekommen.

Berlin, 1. December 1854.

Rudorff.

Inhaltsübersicht.

Der Verfasser hat verschiedene Paragraphen des Systems unter Verweisung auf sein Lehrbuch in den Vorlesungen garnicht, andere nur theilweise ausgeführt. Bei den ersteren ist mit einem vorgesetzten L auf die betreffende Seitenzahl der siebenten Auflage des Lehrbuchs der Pandekten, besorgt von Dr. A. Rudorff 1853 verwiesen (z. B. L 356 = Seite 356 des Lehrbuchs), bei den letzteren mit einem nachgesetzten L die Seitenzahl in den Vorlesungen angegeben worden, (z. B. 13. L = Seite 13 der Vorlesungen, siehe auch den betreffenden §. des Lehrbuchs). F. S.

Sechstes Buch. Die Rechte an Handlungen.

(§. 218—410.) S. 1—271.

Erstes Kapitel. Die Obligatio überhaupt. S. 1—162.

§§. Seite.

Siebentes Buch. Die Rechte an Personen.
(§. 411—445.) S. 272—310.

Erstes Kapitel. Das eheliche Recht. S. 272—297.

Zweites Kapitel. Das elterliche und Kindes-Recht. S. 297.

Drittes Kapitel. Die väterliche Gewalt. S. 297—310.

Achtes Buch. Das Erbrecht.
(§. 446—561.) S. 310—509.

Erstes Kapitel. Allgemeines. S. 310—332.

Zweites Kapitel. Delation des Erbrechts. S. 332—423.

Drittes Kapitel. Erwerb des Erbrechts. S. 423—434.

Viertes Kapitel. Inhalt des Erbrechts. S. 434—459.

Neuntes Buch. Rechte an einem Vermögen außer dem Erbrecht.

(§. 562—565.) S. 510—514.

Beilagen.

(Nr. 20—25.) S. 515—526.

Sechstes Buch.
Die Rechte an Handlungen.

Erstes Kapitel.
Von der Obligatio überhaupt.

Einleitung.

§. 218.

Wir treten in einen eigenthümlichen Kreis der Vermögensverhältnisse. Das Eigenthum an sich ist das Vermögen in seiner Ruhe und Stabilität. Auf eine Veränderung in demselben hat uns schon der Begriff der iura in re vorbereitet, am meisten das Pfandrecht, in welchem das Eigenthum einem anderen Zweck dienstbar geworden ist. Doch war es noch immer wenigstens die Form des Rechts, welche den Schein der Stabilität uns erhalten hat. Es waren vorübergehende, wandelbare, aber es waren doch noch immer Rechte an Sachen.

Jetzt verlassen wir die unmittelbare Herrschaft über die Sache, diese ihrer selbst vollkommen sichere, dauernde, in der natürlichen Gewalt über die Sache sich verkörpernde Herrschaft. An ihre Stelle tritt ein Rechtsverhältniß, welches die Bewegung des Vermögens, den Wechsel der Dinge unter den Personen, den Verkehr vermittelt, ein Verhältniß, das so wenig für die Dauer bestimmt ist, daß es vielmehr nur entsteht, um wieder aufgehoben zu werden. Dies ist die Obligatio.

Es giebt Zeiten, wo das Vermögen fast unaufhaltsam in die Bewegung hineingezogen wird, in den Strudel des Verkehrs, wo das Eigenthum fast nicht mehr als Zweck, sondern nur als Mittel gilt, anderes zu gewinnen, welches dann wieder dasselbe

Schicksal theilt. In einer solchen Zeit leben wir. Für unendlich viele unserer Zeitgenossen haben die Sachen aufgehört, Gegenstand eines dauernden Rechts zu sein, eines Eigenthums, das sich von Generation zu Generation vererbt, eines Eigenthums, das man um seiner selbst willen schätzt, um der Befriedigung willen, die es durch sich selbst gewährt. Das Eigenthum ist ihnen größtentheils nur ein Mittel, theils vorübergehende Bedürfnisse zu befriedigen, theils des Umsatzes gegen andere Güter.

Es begreift sich, welche bedeutende Stelle in einer solchen Zeit der Unruhe dieser Rechtstheil einnehmen muß. Er ist für den täglichen juristischen Verkehr der wichtigste. In der bei weitem größten Hälfte der Processe handelt es sich um Fragen aus dem Rechte der Obligationen.

Und hier ist es zugleich, wo sich die Herrschaft des römischen Rechts am weitesten erstreckt. Selbst die Mißgünstigsten gestehen zu, daß fast der ganze obligatorische Rechtsverkehr durch die Principien des römischen Rechts regiert wird, und sie getrauen sich nicht, etwas anderes, besseres dafür zu substituiren.

Die Lehre von den Obligationen zerfällt in einen allgemeinen und einen speciellen Theil. Der letztere enthält die einzelnen obligatorischen Verhältnisse, der erstere die gemeinschaftlichen Principien. Diese Principien haben das große Interesse, daß sie dieses nicht bloß für die jetzt bestehenden und gebräuchlichen Obligationen sind, sondern ebenso auch für die durch die neue Gestaltung des Verkehrs neu hervorzubringenden. Die einzelnen Obligationen sind das Veränderliche, manche kommen außer Gebrauch, viele neue thun sich hervor, alle aber werden durch die allgemeinen Principien wie durch eine feste Norm geleitet und umschlossen.

Darauf beruht die Scheidung dieses Buches in zwei Kapitel.

Begriff der Obligatio.

§. 219.

Die Obligatio giebt nicht eine unmittelbare Macht über die Sache, weder eine totale, noch partielle, sondern sie verpflichtet einen Anderen zu einer Leistung. Der Gegenstand des Rechts, das sie gewährt, ist daher eine Handlung [(s. Note b des Lehrb. und pr. J. de obl. III, 13. (14): Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae)]. Sie ist Unterwerfung einer Handlung des Einen unter den Willen, die

Macht des Anderen. Die Macht ist nicht eine beliebige Disposition über die Handlung, sondern eine Forderung, daß sie an den Berechtigten geschehe. In dem Rechtsverhältniß liegt ein Recht, Forderung (in ihrer gerichtlichen Gestalt actio), und eine Verbindlichkeit. Der Berechtigte heißt Gläubiger, creditor, reus credendi, der Verpflichtete Schuldner, debitor, reus debendi. Beides zusammen ist wesentlich zur Obligatio. Eine Forderung ist nicht möglich ohne eine ihr entsprechende Verbindlichkeit, sie heißt daher von dieser Richtung gegen eine bestimmte Person persönliches Recht, ius in personam, und umgekehrt. Es giebt Pflichten, denen keine Forderung gegenübersteht; z. B. die Pflicht, Zeugniß zu leisten, Vormund zu werden, kein Verbrechen zu begehen. Diese bilden keine Obligationen; erst durch ihre Verletzung kann eine solche entstehen, indem durch diese ein Gläubiger hinzutreten kann.

Im römischen Rechte werden die Leistungen in drei Classen gebracht.[1]

a) Dare, wenn die Forderung darauf geht, einen bestimmten Gegenstand so in das Vermögen des Gläubigers zu bringen, daß er von ihm sagen kann: meum est ex iure civili, z. B. Eigenthum, Bestellung einer Servitut (die Intention der Formel war hier dare oportere).

b) Facere bezeichnet jede andere Leistung, z. B. Besitzübertragung, Dienste, Production, Leistung eines noch unbestimmten Gegenstandes (die Intention der Formel war dare facere oportere).

c) Praestare bedeutet Leistungen, die an sich auch ein facere genannt werden könnten, die aber in der Fassung der Formel irgend einen anderen Ausdruck erhielten.[2]

---

1) Vgl. L. 3. pr. D. de O. et A. (44, 7).

2) (Der Verf. geht hier unrichtig von der allgemeinen Bedeutung aus, nach welcher freilich jede Unterscheidung zwischen facere und praestare aufhören muß; sieht man dagegen auf den bestimmten Sprachgebrauch, wie er z. B. bei Kauf- und Schenkungsverträgen der Formel haec sic recte dari fieri praestari zum Grunde liegt, so bedeutet dare gegenwärtige Rechtsübertragung: z. B. Mancipation, facere Besitzübertragung: L. 4. pr. D. de usuris (22, 1), praestare das Einstehen für künftige Entwicklung der Obligatio: z. B. für Entstehung beider wegen Dolus, Culpa, Mängel (nur nicht für Eviction, weil dies schon zum dare gerechnet wird: L. 45. §. 1. D. de leg. I. (30. un.), mithin eine gegenwärtige obligatio auf ein künftiges eventuelles dare und facere: L. 31. D. de evict. (21, 2) — L. 18. D. de R. V. (6, 1) vgl. mit Spangenberg, iur. Rom. tab. neg. solemn. (1822) Nr. 22. 23. Ungegründet ist die von v. Savigny, Obl. Recht Bd. I. (1851) S. 300 versuchte Beziehung des praestare auf die Delictsklagen. A. d. H.)

Bei jeder Obligatio befindet sich ein Werth, der dem Gläubiger werden soll, in der Macht des Schuldners, ist ihm anvertraut, daher liegt in jeder ein Creditiren, und daher der Name des Berechtigten. Vorzugsweise ist dieses Wort anwendbar bei der freiwilligen Entstehung, also durch Vertrag, und noch bestimmter, wenn die Obligatio dadurch entstanden ist, daß der Gläubiger etwas an den Schuldner gegeben hat, oder hat kommen lassen, was dieser zurückzugewähren hat.

Dieser Uebergang in die Macht des Schuldners kann mehr oder weniger vollständig sein. Es kann ihm

1) bloß die Detention oder Besitz gegeben sein, z. B. Depositum, Commodatum, Pignus. Hier hat der Gläubiger neben der persönlichen Klage auch die Vindication;

2) auch das Eigenthum der Sache anvertraut sein. Der Gläubiger ist hier auf die persönliche Klage beschränkt, z. B. Mutuum. Dies ist das vollständigste Creditiren, res creditae im strengsten Sinn. Die Klage heißt condictio. Schon zur Zeit der legis actio war sie durch eine besondere Form ausgezeichnet, dann auch zur Zeit der Formeln und selbst noch im justinianischen Rechte durch Beschränkung der Vertheidigung des Beklagten, einfachere Rechtshülfe für den Kläger. Zwei Classen von Fällen lassen sich unterscheiden: a) die Sache ist wirklich aus dem Eigenthum des Klägers in das des Beklagten übergegangen, z. B. mutuum; b) ein Geschäft ist geschlossen, wonach ohne einen solchen eigentlichen Uebergang das Verhältniß doch ebenso behandelt werden soll, z. B. Creditiren des Kaufpreises durch Stipulation, promissio dotis etc.

Inhalt der Obligatio.

A. Gegenstand.

Erfordernisse.

§. 220.

Erfordernisse des Gegenstandes der Obligatio sind:

1) Möglichkeit der Handlung. Rechtlich unmöglich ist z. B. das Geben einer Sache, cuius commercium non est, Geben zu Eigenthum einer dem Gläubiger gehörenden Sache. Die Obli-

gatio kann nie diesen Gegenstand haben. Aber möglicherweise kann sich mit dem Vertrag, der an sich nichtig wäre, ein anderer obligatorischer Grund verbinden, welcher den Contrahenten zu einer anderen möglichen Leistung z. B. des Interesse verpflichtet, z. B. Dolus, Verschuldung der Unmöglichkeit.[1] — Wenn die Obligatio bei ihrer Entstehung aus diesem Grunde nichtig ist, so wird dies durch nachher eintretende Möglichkeit nicht verändert, wenn nicht ein neuer Entstehungsgrund eintritt. Eine bedingte Obligatio aber entsteht erst mit der Existenz der Bedingung, daher ist es hinreichend, wenn zu dieser Zeit der Gegenstand möglich ist. Daher ist auch die Obligatio möglich unter der Bedingung des Möglichwerdens. Eine Ausnahme gilt, wenn diese Bedingung eine unerlaubte, wenn sie contra bonos mores ist z. B: einen Menschen zu Eigenthum zu geben unter der Bedingung, daß die Sklaverei eingeführt würde (die Contrahenten könnten ja später in die freie Republik der vereinigten Staaten übersiedeln).

2) Erlaubtheit der Handlung. Unerlaubte Handlungen sind mögliche, aber sie sollen für sittliche Wesen wie unmögliche sein. Bei den rechtlich unerlaubten kommt hinzu, daß das Recht nicht erzwingen kann, was es verbietet. Aber auch bei einer moralisch unerlaubten Handlung würde ein Recht sich herabwürdigen, welches den Helfershelfer zu ihrer directen oder indirecten Erzwingung machte.

3) Vermögenswerth. Die Handlung muß ihr Aequivalent in einer Sache finden. Nur dadurch ist sie etwas Erzwingbares und ein von dem Willen der Person unabhängiger Gegenstand.[2] Durch dieses Erforderniß unterscheidet sich die Obligatio von dem Rechte an einer Person.

4) Vermögenswerth für den Gläubiger, Interesse als Erforderniß der Obligatio. Es existirt keine Forderung, wenn der Gläubiger kein Vermögensinteresse an der Leistung hat, z. B. Versprechen, gewisse Handlungen zu unterlassen, die meinem individuellen Gefühl unangenehm sind; Pachtforderung wegen

---

1) Vgl. Note e des Lehrbuchs.

2) (Der im Heft fehlende Zusatz bei Parbs a. a. O. S. 72: „Der Wille ist nicht erzwingbar und insofern auch nicht die Handlung, hat diese aber einen Vermögenswerth, so ist sie von dieser Seite und um ihres Werthes willen ein Gegenstand des Zwanges" ist blos mündliche Recapitulation des vorhergehenden. A. d. H.)

eines vermachten Grundstücks; diese hat für den Erben des Verpachters kein Vermögensinteresse mehr. Etwas Anderes ist es, wenn eine solche Handlung zur Bedingung gemacht wird, denn eine Bedingung hängt nicht von diesem Erfordernisse ab. Dahin gehört z. B. Aufhebung eines Miethcontracts für den Fall, wenn Musik gemacht wird. Ferner kann eine Conventionalstrafe versprochen werden, wo der Gegenstand einen Vermögenswerth hat.

In gewissen Fällen haben die römischen Juristen eine Forderung ohne dieses Erforderniß zugelassen, Affectionsinteresse als Grund der Forderung.[3] Das Princip ist: wenn sich mit der Neigung zugleich eine sittliche Pflicht verbindet, so ist das Affectionsinteresse zur Begründung der Forderung hinreichend. Dahin gehört auch, daß der Erbe auf Erfüllung des modus klagen kann, selbst wenn er kein Interesse dabei hat.

B. Verschiedenheit des Gegenstandes.

Bestimmtheit oder Unbestimmtheit.

§. 221.

Certum ist ein vollkommen bestimmter Gegenstand, bei welchem quid, quale und quantum bestimmt ist: Geben einer individuell bestimmten Sache zu Eigenthum, Bestellung einer Servitut an einer individuell bestimmten Sache. Der Werth, den der Gläubiger erhalten soll, fällt mit dem Werth des Objects selbst zusammen. Ganz anders, wenn zwar die Sache auf jene Art bestimmt ist, aber nicht zu Eigenthum gegeben werden soll, sondern z. B. Exhibition, Besitz 2c. Gegenstand der Forderung wäre. Hier ist der Werth unbestimmt, weil er von den besonderen Beziehungen und Verhältnissen abhängt. Regelmäßig ist zum certum die Bestimmtheit des Individuums nöthig; die Natur gewisser Sachen verursacht eine Ausnahme. Bei fungibeln Sachen ist das Individuum gleichgültig, daher der Werth nicht erst durch das Individuum bestimmt wird, sondern durch Qualität und Quantität allein. So ein bestimmtes Maaß Getreide, wenn nur das quale ganz bestimmt ist: der Ausdruck „Weizen" ist aber

3) Vgl. Note 1 des Lehrbuchs.

noch nicht genug: erst „besten Weizen" würde ein certum sein. Am allerbestimmtesten ist eine Geldsumme, weil der Werth nicht bloß bestimmt, sondern auch schon auf das allgemeine Werthmaaß reducirt ist.

Die Obligationen auf certa pecunia und auf sonstige certa unterscheiden sich darin. Dort verändert sich der Gegenstand nicht durch den richterlichen Zwang. Hier dagegen kann es sein, daß die specifische Leistung nicht erzwungen werden kann; dann wird sie in den Geldwerth umgesetzt, in den der Richter condemnirt. Dieser ist erst zu ermitteln, und darum steht der zweite Fall hinter dem ersten in Beziehung auf die Bestimmtheit zurück. Die Römer unterschieden hier so, daß sie die Klage auf eine bestimmte Geldsumme condictio certi — dagegen die auf jedes andere Certum condictio triticaria nannten.

Incertae obligationes sind solche, deren Gegenstand nicht nach allen jenen Richtungen hin bestimmt ist. So die Forderung des Interesse, oder auf einen bestimmten Gegenstand, aber nicht Unterwerfung desselben unter die Herrschaft des Gläubigers.[1]

Die Unbestimmtheit hat eine gewisse Gränze. Eine Obligatio auf einen schlechthin unbestimmten Gegenstand ist nichtig, weil hier kein Vermögenswerth vorhanden ist. Gültig kann sie werden dadurch, daß jener von dem Ermessen, Arbitrium einer Person abhängig gemacht wird, und zwar in Beziehung auf alle jene drei Punkte. Am größesten ist hier noch die Unbestimmtheit, wenn das Arbitrium als Gutdünken schlechtweg intentirt ist. In diesem Fall kann der Arbitrirende nicht der Schuldner selbst sein;

---

1) (Der Unterschied zwischen incertae und certae obligationes war ein processualischer, der in dieser Weise nicht mehr besteht. Aus einer incerta obligatio konnte nur mit einer incerti (ex stipulatu, ex testamento, praescriptis verbis) actio geklagt werden, aus einer certa auch mit der condictio certi oder triticaria: pr. J. de V. O. (3, 15), L. 12. D. de novat. (46, 2), L. 24. D. de R. C. (12, 1). Dort mußte der Kläger sein Interesse in Beziehung auf quid, quale, quantum beweisen, während hier alle drei oder doch die zwei ersten Puncte im Voraus bestimmt sind und auch sonst ein wirksamerer Rechtsschutz eintritt. Vgl. L. 3. D. si quis in ius (2, 5), L. 68., L. 81. pr. D. de V. O. (45, 1), L. 4. pr. D. de usur. (22, 1), L. 3. C. eod. (4, 32), L. 3. C. de inut. stip. (8, 39). Will der Kläger jenes Beweises enthoben sein, so muß er der stipulatio faciendi eine Conventionalstrafe beifügen; dann steht ihm auch ex incerto contractu die condictio certi zu: §. 7. J. de V. O. (3, 15), L. 11. D. de stip. praet. (46, 5), L. 9. pr. D. de R. C. (12, 1), (gegen die Mißverständnisse dieser letzten Stelle s. Puchta, Cursus der Inst. Bd. II. §. 165 kk.), L. 14. C. de pact. (2, 3). Das heutige Proceßrecht gewährt einen wirksamen Rechtsschutz nur dann, wenn das quid, quale, quantum durch Urkunden liquid ist, dadurch ist der römische Begriff des Certum antiquirt. A. d. H.)

wohl aber ein Dritter, es ist aber dann auch eine Bedingung, so daß, wenn diese Person nicht arbitrirt, keine Obligatio vorhanden ist. Weniger unbestimmt ist das arbitrium boni viri, billiges Ermessen, weil hier der Gegenstand auf einen allgemeinen Maaßstab gestellt ist, so daß auch vor dem wirklichen Arbitrium die Größe beurtheilt werden kann, und auch das Arbitrium einer Beurtheilung und Berichtigung nach dem Princip der Billigkeit unterliegt. Dies ist auch so möglich, daß der Schuldner selbst der Arbitrirende ist. Für bonae fidei obligationes wird die Regel gegeben, daß das Arbitrium auch bei dem Schuldner in dubio als bonae fidei arbitrium zu verstehen, also das Geschäft aufrecht zu erhalten ist. Heutzutage gilt dies überall, wenn nicht das Gegentheil ausgedrückt ist. Ist aber ausdrücklich festgesetzt, daß das Arbitrium ganz in die Willkür des Schuldners gestellt sein solle, so liegt darin, daß noch gar kein Geschäft abgeschlossen sein, dies vielmehr künftig erst vielleicht geschehen soll. So bei dem Zusatz des Schuldners: „nach seinem Gutdünken"; dies hat den Sinn: er will sich nicht obligiren (es ist also nicht etwa darauf jener Grundsatz von den bonae fidei iudicia zu beziehen). In favorem dotis ist festgesetzt, daß das Versprechen einer Dos, selbst nach Gutdünken, von einem arbitrium boni viri verstanden werden soll. — Das Arbitrium des Gläubigers ist ebenfalls stets als boni viri arbitrium zu verstehen. Endlich kann der Arbitrirende ein Dritter sein; in dubio ist auch hier ein arbitrium boni viri anzunehmen. Das Arbitrium ist nicht als Bedingung zu betrachten, da die genannte Person im Nothfall auch durch einen anderen bonus vir ersetzt werden, oder auch schon der Richter auf das, was der Gewählte als bonus vir hätte bestimmen müssen, erkennen kann.

Nur bei dem Kauf und der Miethe, wenn der Dritte den Preis bestimmen soll, ist es eine Bedingung, weil vor der Bestimmung desselben der Kauf ꝛc. selbst noch nicht perfect ist. Dies ist nicht auf andere Fälle auszudehnen.

Das Individuum ist unbestimmt bei der Obligatio auf ein Genus: der Gegenstand wird der Gattung nach bestimmt, welche Species, hängt von der Wahl ab.[2] Daher ist es anders, wenn

2) (Der Zusatz „des Verpflichteten" bei Parbs a. a. O. S. 72 würde der folgenden Erörterung vorgreifen und scheint daher auf einem Mißverständniß zu beruhen. A. d. H.)

die Intention auf eine bestimmte Species ging, aber die Erklärung so unvollkommen war, daß nicht zu ermitteln steht, welche gemeint ist. Hier ist keine Obligatio auf ein Genus, denn eine solche ist nicht beabsichtigt; [die beabsichtigte ging auf eine Species, da diese aber nicht ermittelt werden kann, so existirt gar keine Obligatio]. Ebenfalls unbestimmt ist das Individuum bei alternativer Bestimmung, obwohl nicht in so weitem Umfange. Grundsatz ist: beide Gegenstände sind in obligatione, aber nur einer in solutione. Folgen dieses Grundsatzes sind: 1) beide sind in obligatione, daher ist, wenn von zwei [alternativ geschuldeten] Sclaven einer in fraudem creditoris manumittirt wird, die Manumission ungültig; 2) nur einer ist in solutione. Wenn daher die Obligatio auf einen ungültig ist, z. B. wegen Eigenthums des Stipulanten, und er hat nachher aufgehört, es zu sein, so kann er doch nicht geleistet werden. Dies könnte man nur behaupten, wenn sich sagen ließe, beide sind in solutione; aber es sind nur beide in obligatione, und dies nützt hier nicht, weil die Obligatio auf den einen ungültig ist.[3]

Bei dieser Obligatio entsteht die Frage: wer hat die Wahl und wie geschieht sie, wann wird sie unwiderruflich?

An sich hat der Schuldner die Wahl. Natürlich muß er so wählen, daß die Obligatio erfüllt wird, also nichts geringeres, als der Gläubiger fordern kann. Bei Vermächtnissen steht umgekehrt im Zweifel dem Legatar die Wahl zu. Der Grund des Unterschiedes ist folgender: „Ich verspreche Dir, A. oder B. zu leisten"; die Person, die als wählend gedacht wird, ist am natürlichsten der Sprechende. „Ich vermache dem Titius A. oder B." Hier kann der Wählende nicht der Testator sein, der Nächste ist der zunächst Genannte, der Legatar. (Wie aber, wenn der Onerirte genannt ist, beim Damnations-Legat, beim Fideicommiß?)[4]

Kann der Schuldner seinen Willen ändern? fragt man, und will häufig durch Unterscheidung von Vertrag und Vermächtniß

---

3) (Der im Text angegebene Grund ist nicht richtig, auch wenn beide in solutione wären, könnte dieser doch nicht geleistet werden. Der wahre Grund ist, weil der dem Stipulator schon gehörende weder in obligatione noch in solutione war. Vgl. L. 72. §. 4. D. de solut. (46, 3). A. d. H.)

4) (Im älteren Recht wählte der Onerirte, im neueren kann dies aus der Formel allein nicht mehr abgeleitet werden, die Absicht des Testators muß deutlicher ausgedrückt sein. Vgl. §. 22. J. de leg. (2, 20). A. d. H.)

entscheiden, nach einigen Stellen des geschriebenen Rechts.[5] Dies ist unrichtig. Die einfache Antwort ist: der Schuldner hat die Wahl bis zur Ausübung. Diese ist, wenn er die Wahl ipso iure hat, erst die wirkliche Leistung. Bis dahin gilt Variation, (wenn nicht etwa durch einen nachher geschlossenen Vertrag die Obligatio in eine simplex verwandelt wird). Ist aber die Leistung ausdrücklich von der Wahl abhängig gemacht („welchen der Schuldner wollen wird"), dann ist sie geschehen, wenn er gewollt und diesen Willen auf irgend eine Art erklärt hat.

Dem Gläubiger kann die Wahl gegeben sein. Hier ist die Obligatio, wenn der gewählte Gegenstand ein certum ist, eine certa. Das Wahlrecht gehört zur Geltendmachung des Rechts; wer dieses hat, hat auch jenes, es ist nicht etwas höchst persönliches, wie Manche glauben. Wenn mehrere Gläubiger, z. B. Erben zu wählen haben, so wählt jeder für seinen Theil, sofern der Gegenstand theilbar ist und der Schuldner nicht dadurch in Nachtheil kommt; sonst müssen sich alle über eine Species vereinigen. Nur wenn von mehreren Gläubigern einem allein die Wahl gegeben ist, oder wenn der Filiusfamilias für den Vater contrahirt, und sich die Wahl bedingt, so muß man als Absicht die Beschränkung der Wahl auf diese Person betrachten, sie ist ein personale. Doch auch dem Erben ist sie zuständig, wofern nicht die Parteien es als Bedingung beabsichtigten. — Die Wahl wird ausgeübt durch die Klage; von da an ist keine Variation mehr zulässig, wenn nicht ein Anderes verabredet worden ist.

Ist einem Dritten die Wahl gegeben und er wählt nicht, so entscheidet die Intention der Parteien [über den Einfluß der nicht geübten Wahl auf das Geschäft]. Es kann als Bedingung gemeint sein, [dann geht die Obligatio wegen Deficienz derselben unter]; außerdem wird entschieden, wie wenn über die Wahl nichts bestimmt wäre, [so daß bei Verträgen dem

---

5) L. 106. 138. §. 1. D. de V. O. (45, 1): Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. L. 19. D. de leg. II. (31). L. 84. §. 9. D. de leg. I. (30): Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. L. 112. pr. D. de V. O. (45, 1).

Schuldner, bei Legaten dem Gläubiger (Legatar) die Wahl zusteht]. Dies ist namentlich bei Legaten stets anzunehmen, wenn der Testator nicht ein Anderes namentlich festgesetzt hat.

Theilbarkeit und Untheilbarkeit.

§. 222.

Begriff[1] und Fälle[2] der Untheilbarkeit: s. das Lehrbuch.

Die Wirkung der vollkommenen Untheilbarkeit ist: 1) es ist keine theilweise Tilgung der Obligatio möglich, weder durch Leistung, wie natürlich, noch auf andere Art z. B. Erlaß zum Theil, oder Confusion (z. B. der Gläubiger wird Erbe des Schuldners pro parte); 2) wenn eine Mehrheit von Personen berechtigt oder verpflichtet ist, so sind sie es in solidum, z. B.

---

1) (Daß die Theilbarkeit der Obligatio durch ihren Gegenstand bedingt ist (s. das Lehrbuch) folgt aus dem Begriff der Theilung einer Obligatio, welche eine wahre Realtheilung der ursprünglichen Obligatio in mehrere unabhängige Obligationen enthält, deren Summe jener ursprünglichen gleichkommt. Der Gegenstand der Obligatio aber ist die Handlung, durch welche, nicht etwa die Sache, welche durch jene dem Gläubiger verschafft werden soll. Daher ist die (reelle) Untheilbarkeit der Sache auf die Theilbarkeit der Obligatio ohne Einfluß. A. d. H.)

2) (Das Lehrbuch erklärt jede Obligatio auf ein factisches Thun und Unterlassen schlechthin für untheilbar. Dies gründet sich auf die unbestimmte L. 2. pr. D. de V. O. (45, 1). Es kommt aber nicht auf den Gegensatz rechtlicher und factischer Leistungen (dare, facere), sondern vielmehr auf die Beschaffenheit beider an. Daher hängt 1) die Theilbarkeit einer obligatio dandi von der Theilbarkeit des zu verschaffenden Rechts ab: weshalb z. B. das Versprechen einer Prädialservitut untheilbar, das des (stets ideell theilbaren) Eigenthums an einer untheilbaren Sache theilbar ist; 2) die Theilbarkeit einer obligatio faciendi von der natürlichen Beschaffenheit des factischen Thuns ab: eine nach dem Maaß oder der Zeit bestimmbare Handarbeit ist theilbar; nicht so ein Opus, weil es unvollendet unbrauchbar sein würde. — Zweifel hat die obligatio tradendi erregt. Aus allgemeinen Gründen müßte die Tradition, sowohl die Rechts- als die Besitzübertragung theilbar sein, da sowohl Besitz wie Eigenthum intellectuelle Theilung zulassen. Dennoch rechnet L. 72. pr. D. de V. O. (45, 1) die Tradition eines Fundus zu den untheilbaren Leistungen. v. Savigny sucht durch den Zusatz einer Conventionalstrafe zu helfen, zu welcher dann die Tradition die Stellung einer Bedingung erhielte und als solche untheilbar würde (s. den Zusatz zu Note b des Lehrbuchs). Dies ist aber ein ganz anderer Fall, welcher aus L. 85. §. 6. D. eod. in die Stelle hineingetragen wird. Die Schwierigkeit löst sich weit einfacher, wenn man zwischen Besitzübergabe überhaupt (vacuam possessionem tradi) und dem speciellen Fall einer Gutsübergabe (fundum tradi) unterscheidet. Eine partielle Gutsübergabe z. B. ohne Inventar, ist öconomisch nicht brauchbarer, wie ein Haus ohne Dach. 3) Ebenso entscheidet bei Unterlassungen die Beschaffenheit der Handlung, welche unterbleiben soll. So ist die thatsächliche Hinderung einer Servitut für jeden Erben in gleicher Weise möglich, mithin untheilbar, während sich die Anstellung der Klage auf die Erbtheile beschränkt, weshalb die Obligatio amplius non peti theilbar ist. A. d. H.)

mehrere Miteigenthümer des künftigen praedium dominans, des künftigen praedium serviens bei der Servitutbestellung. Sie müssen in solidum klagen, in solidum belangt werden. Eine solche Obligatio kann auch nicht theilweise entstehen, daher nicht durch einen von mehreren Miteigenthümern erworben oder contrahirt werden. Wenn der Eigenthümer für den ganzen Fundus eine Servitut sich versprechen ließ, und denselben nachher veräußert, so geht die Obligatio unter, weil er nur als Eigenthümer die Forderung [hatte, der Käufer aber als Singularsuccessor sie nicht haben kann]. Eben so aber auch, wenn er zum Theil veräußert, denn er würde nur pro parte noch die Forderung haben, dies ist unmöglich (der Andere ist hier nicht berechtigt, da er nicht in die Forderung succedirt, daher man nicht sagen kann, es sei wie wenn mehrere Miteigenthümer stipuliren). Anders, wenn die Servitut vor der Veräußerung schon bestellt war.[3] S. oben.

Eine einigermaaßen ähnliche Wirkung tritt zum Theil ein, wenn die Leistung zwar theilbar ist, aber durch Theilung verändert wird (bei dem Genus oder Alternativum).

Es ist eine theilweise Forderung möglich, daher auch mehrere Erben des Gläubigers pro parte berechtigt sind; ebenso eine theilweise Leistung, daher mehrere Erben des Schuldners pro parte verpflichtet werden, nur darf dadurch der Gläubiger nicht in eine schlechtere Lage gebracht werden. Deshalb muß jeder seinen Theil von demselben Gegenstande leisten, weil sonst der Gläubiger nicht das bekommen würde, was er bekommen soll: Ein Ganzes.

Es ist ferner eine theilweise Tilgung möglich, daher auch die Herabsetzung der Forderung auf einen Theil, so gut sie gleich anfangs hätte so geschlossen werden können. Bei dem Alternativum ist mit dem Theil des einen Gegenstandes auch der gleiche Theil des anderen erlassen.

Dagegen zeigt sich jene ähnliche Wirkung in folgendem Satze. Wenn der Schuldner einen Theil einer Species leistet, so ist er nicht zur Hälfte befreit, er hat noch gar nichts geleistet. Er kann daher das Gezahlte zurückfordern, um ein anderes zu leisten.

---

3) (Die vermeinte Verbesserung von Puchta a. a. O. S. 73. „schon vor der Veräußerung bestellt war" corrumpirt den Sinn: der Nachdruck liegt nicht auf „vor", sondern auf „bestellt." Vgl. L. 19. D. quib. mod. ususfr. (7, 4). A. d. H.)

Verbindung mehrerer Leistungen.

§. 223.

S. das Lehrbuch. Die verschiedenen Fälle, die hier erörtert sind, sind folgende:

Die Verbindung mehrerer Leistungen kann: 1) eine Mehrheit von Obligationen begründen. Diese Obligationen können a) in gleichem Verhältniß, b) im Accessionsverhältniß stehen, z. B. Capital und Zinsen (wenn diese Inhalt einer besonderen Obligatio sind); 2) eine Obligatio mit mehreren Leistungen, a) in gleichem Verhältnisse, b) im Verhältniß von Principale und Accession (z. B. Früchte, Zinsen als Nebengegenstand).

Entscheidung einzelner Fälle:

1) Es hat Jemand eine Mehrheit bestimmter Gegenstände unter einer Collectivbezeichnung versprochen; hier ist Eine Obligatio, z. B. diesen Haufen Getreide, diese Quantität Geld.

2) Es hat Jemand eine solche Mehrheit von certa, ohne sie zusammen zu fassen, in einzelner Aufzählung versprochen, [z. B. dieses Pferd, mein Haus, meinen Garten]; hier sind es mehrere Obligationen; die Zusammenfassung in denselben Vertrag ist nur als Bequemlichkeit der Willenserklärung zu betrachten.

3) Die Verbindlichkeit geht auf ein incertum, welches sich in mehrere Leistungen theilt; hier ist es Eine Obligatio, die Trennung betrifft nur die Erfüllung. [1]

4) Daß die einzelnen Leistungen der Zeit nach auseinanderliegen, macht keine Aenderung: a) sind es einzelne certa, so sind es mehrere Obligationen; [2] b) sind es Theile eines incertum, z. B. Stipulation in annos singulos auf unbestimmte Dauer, oder Obligatio auf den Pachtzins, so ist es Eine Obligatio.

Diese Frage wird besonders bei Vermächtnissen wichtig, die auf terminweise Präſtationen gehen; ist es Ein Vermächtniß, so daß die Spaltung nur die Weise der Erfüllung angeht, so wird

---

1) (Dieser Satz gilt keineswegs allgemein, namentlich nicht für die exceptio rei iudicatae. Vgl. L. 32. D. de evict. (21, 2), welche mit L. 29. pr. D. de V. O. (45, 1) und L. 5. D. de fideiuss. (46, 1) aus demselben Buch stammt. A. d. H.)

2) L. 140. §. 1. D. de V. O. (45, 1): De hac stipulatione: annua bima trima die id argentum quaque die dari, apud veteres variatum fuit. Paulus: sed verius et hic tres esse trium summarum stipulationes.

von Anfang an das Ganze erworben, und auf die Erben transmittirt; sind es mehrere Vermächtnisse, so wird nur die Leistung erworben, deren Zeit der Legatar erlebt. Hier wird nun so entschieden: ist eine Summe auf bestimmte Jahre vermacht, so ist es Ein Vermächtniß, die Spaltung betrifft nur die Auszahlung.

Anders, wenn die Prästationen auf eine irgend unbestimmte Zahl von Jahren vermacht sind, wo es mehrere Vermächtnisse sind. Dahin gehört auch jener Fall, wenn zugleich Beschränkung auf die Lebenszeit ausgesprochen ist, also zwar nicht über jene bestimmte Zahl von Jahren geleistet werden soll, aber nicht nothwendig bis zur Erfüllung dieser Zahl, z. B. wenn die Intention ist, Alimente zu geben.

Leistung des Interesse.

§. 224.

Die Handlung, welche Gegenstand einer Obligatio ist, muß einen Vermögenswerth haben, objectiv und für den Gläubiger. Dieser Werth ist es, der in dem Gegenstand jeder Obligatio zu denken ist, auf welchen im Grunde die Forderung geht. Geschieht die Handlung nicht, so condemnirt der Richter in diesen Vermögenswerth, geschieht sie nicht in gehöriger Art, z. B. nicht zu rechter Zeit, am rechten Orte, so condemnirt er in den Vermögenswerth dieses Mangels. So kann der Vermögenswerth, der von Anfang an schon mittelbar Gegenstand der Obligatio war, unmittelbarer Gegenstand werden. Aber eine Obligatio kann auch von Anfang auf einen Vermögenswerth gehen, z. B. Versprechen der Schadloshaltung, ein Delict, das eine Vermögensbeschädigung enthält. — Wo nun der Werth unmittelbar Gegenstand der Forderung ist, entweder von Anfang oder nachher, da entsteht die Frage: nach welchen Grundsätzen ist er festzustellen, welche Momente hat der Richter zu berücksichtigen, um die Größe desselben zu ermitteln und anzuschlagen?

Die Lehre von dem Vermögenswerth als Gegenstand einer Forderung hat zwei Theile: 1) die Begründung einer solchen Forderung; 2) die Bestimmung des Gegenstandes selbst, die Grundsätze, nach denen der Anschlag geschieht. Bloß der zweite Theil gehört hierher, der erste Theil theils zu der Lehre von der Entstehung der Obligationen überhaupt, theils zu den einzelnen

Obligationen. Nur so weit dieser Punkt Einfluß auf den zweiten hat, ist er hier zu berühren.

Der Anschlag des Werthes hängt zuerst ab von dem Gegenstand, dessen Werth bestimmt und ästimirt werden soll: Sache, Handlung, Unterlassung, Ereigniß, Zustand. Im römischen Recht wird die Bestimmung bezeichnet mit quanti ea res est (iudex condemnato etc.). Es kommt also darauf an, was res heißt. Als Anweisung an den Richter, zu condemniren, bedeutet es den Streitgegenstand, lis, ist also gleichbedeutend mit litis aestimatio. Davon wird der Umfang dessen abhängen, was bei der Aestimation in Anschlag zu bringen ist. Diesen allgemeinen Sinn hat man gewöhnlich übersehen, und wenn von den Juristen dem Ausdruck eine verschiedene Bedeutung beigelegt wird (s. nachher), einen Widerspruch darin gefunden. Aber diese Stellen sind nicht exclusiv, sie anerkennen nur die Unbestimmtheit des Ausdrucks.[1]

Das zweite Moment, das wichtigere und schwierigere sind die Umstände, die auf den Werth des Gegenstandes Einfluß haben, und die Frage, welche derselben bei der Aestimation zu berücksichtigen sind. Hier ist ein doppeltes Verfahren möglich:

1) die Aestimation richtet sich bloß auf den Verkaufswerth des Gegenstandes, verum rei pretium, vera rei aestimatio, ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände, die den Werth für den Gläubiger bestimmen. (Manche haben geglaubt, dies heiße immer quanti ea res est; dies ist entschieden unrichtig.)

2) Die Aestimation geht auf den Werth, den der Gegenstand für den Gläubiger hat, also mit Berücksichtigung der individuellen Umstände, die diesen Werth bestimmen, aestimatio eius quod interest: Aestimation der Differenz zwischen dem Vermögensstand ohne ein gewisses Ereigniß und nach demselben.

---

1) Vgl. Note b des Lehrbuchs. (Unrichtig wird daselbst die L. un. §. 4. D. si quis ius dic. (2, 3) zu den Stellen gerechnet, in welchen quanti ea res est das verum rei pretium im Gegensatz der utilitas bezeichnen soll. Es bedeutet hier nicht einmal den Streitgegenstand der in factum actio im Allgemeinen, sondern das Streitobject des Hauptprozesses, in welchem der Beklagte ungehorsam war. Es ist demnach weder Aestimation noch Interesse, sondern reine Strafe, vgl. L. 5. §. 1. D. ne quis eum (2, 7), L. 15. pr. D. de iud. (5, 1). — Das Doppelte in der actio rationibus distrahendis (vgl. Note c des Lehrb. am Schluß) gehört überall nicht zu den „Strafen, die sich nach dem Werth bestimmen", sondern der doppelte Sachwerth ist hier, wie die dupla beim Kauf, eine alterthümliche feste Schätzung des Interesses. A. d. H.)

(v. Savigny[2] will den Ausdruck quanti ea res est immer, wenigstens für das spätere Recht, darauf beziehen, eben so unrichtig, wie jene frühere Meinung.) Das Verhältniß zum verum rei pretium kann im Resultat ein dreifaches sein: a) es kann äqual sein, z. B. einem Pferdehändler wird ein Pferd getödtet, welches er eben auf den Markt bringen wollte; b) es kann höher sein, z. B. er hatte das Pferd unter einer Conventionalstrafe verkauft, oder ein Reisender wird durch die Tödtung seines Pferdes verhindert, zur rechten Zeit an einem Orte anzukommen; c) es kann niedriger sein, z. B. ein Pfandgläubiger, dessen Forderung den Verkaufswerth nicht erreicht.

Ob die erste oder zweite Aestimation eintritt, Verkaufswerth oder Interesse, das hängt von der Begründung des Anspruchs ab. Der Werth kann auf doppelte Weise Gegenstand einer Forderung werden:

1) ohne daß ein vom Gläubiger erlittener Nachtheil vorausgesetzt wird. Dahin gehört z. B. das Versprechen einer Summe, die dem Werth einer gewissen Sache gleichkommen soll (so bei dem Handel auf Lieferung von Papieren au porteur); das Legat einer fremden Sache, welche der Eigenthümer nicht verkaufen will. Hier wird bloß das verum rei pretium ästimirt s. Note d des Lehrb. Die Zeit, wonach der Werth ästimirt wird, ist die, wo dies obligationis venit[3]. Eben dieses gilt, wenn der Werth überhaupt nicht als Gegenstand einer Forderung vorkommt, z. B. Anschlag der Erbschaft und der vermachten Sachen bei der falcidischen Quart.

2) in Folge eines Nachtheils, welcher aus irgend einem Grunde (Delict oder sonstigem obligatorischen Verhältniß z. B. Versprechen) ersetzt werden muß, Forderung auf Schadenersatz. Hier tritt die aestimatio eius quod interest ein. Dies sind bei weitem die meisten Fälle.

In Beziehung auf einen besonderen Fall findet sich eine Controverse unter den römischen Juristen, nämlich über die Behandlung einer Strafe, welche sich nach dem Werth der Sache bemißt, z. B. bei der actio furti.[4] Eine doppelte Auffassung ist

2) System Bd. V. Beil. XII.

3) L. 59. D. de V. O. (45, 1).

4) L. 50. pr. D. de furtis (47, 2): In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit cum iudicatur, nihilominus condemnatio

möglich: 1) der Werth ist hier nicht Gegenstand der Forderung, sondern dient nur zu Bestimmung der Höhe des Gegenstandes, wie z. B. bei der Berechnung der falcidischen Quart. Dann tritt also nur verum pretium ein. Dies ist die Ansicht Ulpian's, die in den meisten Stellen der Pandekten vorgetragen wird, sowohl für die actio furti als andere Strafen dieser Art. 2) Der Werth ist auch hier Gegenstand der Forderung nur als verdoppelter 2c., und zwar in Folge einer Beschädigung. Dies ist die Ansicht des Celsus bei der actio furti. Die erste Ansicht ist vorzuziehen. Nur wenn der Nichteigenthümer die actio furti anstellt, und dessen Interesse geringer ist als der Verkaufswerth der Sache, ist das Interesse zu Grunde zu legen.[5]

Die Aestimation des bloßen Verkaufswerthes bedarf keiner weiteren Bestimmung, wohl aber die des Interesse, weil hier ein Zweifel darüber entstehen kann, wie weit die individuellen Umstände, die auf den Werth für den Gläubiger Einfluß haben, zu berücksichtigen sind.

Dies ist die Aufgabe des folgenden Paragraphen.

§. 225.

Die Grundsätze für den Anschlag des Interesse, als Gegenstandes einer Forderung, sind folgende:

---

facienda est, idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, eius duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est. (Ulpianus.) — L. 67. §. 1. eod.: Si tibi subreptum est, quod nisi certa die dedisses, poenam promisisti ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur. (Celsus.)

5) (Die angebliche Controverse existirt gar nicht, und existirte sie, so wäre die Ansicht des Celsus vorzuziehen, da die actio furti dem zusteht, cuius interest rem non subripi, während die Beschränkung der actio vi bonorum raptorum auf das pretium besondere hier nicht anwendbare Gründe hat. Vgl. L. 71. §. 1. D. de furtis (47, 2), L. 2. §. 23. D. de vi bon. (47, 8). Es würde sonst bei derselben Klage ein doppelter Maaßstab der Schätzung angenommen werden müssen. Daß das Interesse auch in der actio furti dem verum rei pretium gleich, höher oder geringer sein kann, L. 80. §. 1. D. de furtis (47, 2), liegt nicht in dem Schätzungsmaaßstab selbst, der überall nur die utilitas ist. Die Stelle Ulpian's bezieht sich bloß auf die Schätzungszeit: wenn das Interesse im Moment des Diebstahls = 100, beim Tode des gestohlenen Pfandes = 50 ist, so soll nicht die letztere jetzt allein noch bemerkbare Vermögensdifferenz (quod interest), sondern die erstere (rei verum pretium) das Simplum bilden, weil auch dieser höhere Werth mit entwendet ist. Bei Vermehrung des Werths soll dagegen umgekehrt die erstere entscheiden. Der Widerspruch ist also nur scheinbar und durch den unvorsichtigen Ausdruck entstanden, vgl. L. 52. §. 29. D. de furtis (47, 2), die ebenfalls von Ulpian herrührt. A. d. H.)

1) Interesse ist die Differenz zwischen dem jetzigen Betrag des Vermögens, und dem, wie er ohne das beschädigende Ereigniß wäre.

2) Seine Forderung bezweckt die Wiederherstellung gegen einen Schaden, damnum. Diese läßt sich a) als specifische denken, d. h. so daß der Beschädigte specifisch dasselbe hat, wie ohne das beschädigende Ereigniß, z. B. Restitution der Sache mit den Früchten in natura. Dies wird sehr häufig nicht oder nicht vollständig möglich sein, entweder weil eine solche Wiederherstellung nicht erzwungen werden kann, z. B. bei einer Obligatio auf ein Thun, oder weil sie an sich unmöglich ist, z. B. bei Beschädigung einer Sache, entgangenem Gewinn, Nichtthun, wo das Thun jetzt nicht mehr möglich ist. Daher kommt es in den meisten Fällen b) zu einer Wiederherstellung dem Werth nach, deren Resultat ist, daß der Beschädigte ebensoviel erhält, wie er ohne die Verletzung hätte, also den Werth des Gegenstandes. Dies ist unser Fall. Das Interesse fordern heißt: die Ausgleichung jener Differenz fordern, und zwar die Wiederherstellung dem Werth nach.

3) Der Schaden kann von doppelter Art sein: Minderung des Vermögens um einen gegenwärtigen Bestandtheil, positiver Schaden, damnum im engeren Sinne, s. g. damnum emergens, oder um einen künftigen, negativer Schaden, lucrum cessans. Beide begreift das Interesse in sich.

4) Nur das Vermögensinteresse kann Gegenstand einer Forderung sein. Viele haben von einem Werth der Neigung (Affectionswerth) gesprochen, [der unter Umständen mit in Anschlag zu bringen sei, aber durchaus unrichtig]. Dieser ist nie Gegenstand einer Forderung, eben weil er sich nicht zu Geld anschlagen läßt. Jene Annahme ist ein Mißverständniß solcher Stellen, die von dem Affectionsinteresse zur Begründung einer Forderung sprechen (s. oben). Hier ist dann die Leistung poena.

5) Es muß ein Causalzusammenhang des Nachtheils mit dem beschädigenden Ereigniß existiren, jener durch dieses verursacht sein. Z. B. Nichtlieferung des Getreides mit dem Umkommen meines Viehes — Räumen des Quartiers mit dem Verderben der Möbeln, die auf der Straße stehen geblieben sind.

6) Auch ein in Folge besonderer und individueller Umstände durch das Ereigniß herbeigeführter Nachtheil kommt in Anschlag, z. B. Nichtleistung einer Sache, welche der Gläubiger unter einer

Conventionalstrafe schuldig war. Dies ist aber regelmäßig nur der Fall bei der Bestimmung des positiven Schadens; hier ist in Berücksichtigung dieser Umstände so weit zu gehen, als ein Causalzusammenhang sich annehmen läßt. Es macht keinen Unterschied, ob der Schaden unmittelbar oder mittelbar, direct oder indirect durch das Ereigniß verursacht worden ist. Nicht so bei der Bestimmung des lucrum cessans; hier ist [auf jene individuellen Umstände regelmäßig keine Rücksicht zu nehmen, sondern] nur das gemeine, durch die Sache selbst gegebene Interesse, utilitas circa rem ipsam, in Anschlag zu bringen, nicht der durch ganz individuelle Umstände bedingte und herbeigeführte Gewinn. So bei einem Sklaven nicht die Möglichkeit, ihn an dessen Vater theuer zu verkaufen, bei Geld nicht der durch Handelsspeculation zu machende Gewinn, sondern nur der durch verzinsliche Anlage.[1]

7) Eine besondere Behandlung tritt ein, wo das Interesse des Orts anzuschlagen ist, die Differenz, welche dadurch entsteht, daß jemand die Leistung an einem anderen Ort, als wo er sie empfangen sollte, erhält. Hier ist auch auf den durch Vermittelung individueller Umstände möglichen Gewinn Rücksicht zu nehmen. Der Grund ist, gerade in Beziehung auf diesen wird der Unterschied des Ortes von Einfluß sein.

8) Justinian hat für gewisse Fälle noch eine besondere Beschränkung für den Anschlag des Interesses hinzugefügt[2]. Es werden oft von den Klägern unvernünftige Ansätze gemacht, um, auch wenn der Richter viel streicht, am Ende doch mehr als sich gebührt zu erhalten. Läßt sich auch der Richter nicht dadurch täuschen, so werden doch Weiterungen und Verschleppungen dadurch veranlaßt. Darum hat Justinian ein Maaß vorgeschrieben, welches nie überschritten werden soll. Dies liegt in dem Verkaufswerth des ursprünglichen Gegenstandes der Forderung. Das Interesse schließt diesen ein und kann weit über ihn hinausgehen, aber nie soll es höher ästimirt werden als das alterum tantum desselben. Dies setzt voraus, daß die Obligatio 1) ursprünglich einen anderen Gegenstand hat, nicht gleich von Anfang

---

1) Vgl. L. 21. §. 3. D. de A. E. V. (19, 1), L. 19. D. de peric. (18, 6)
2) L. un. C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur. (7, 47)

auf das Interesse geht (daher nicht bei Delictsklagen); 2) daß dieser ursprüngliche Gegenstand eines bestimmten Werthanschlages fähig ist.

§. 226.

Der Regel nach hat der Kläger sein Interesse auf dem gewöhnlichen Wege und durch die gewöhnlichen Mittel zu beweisen, und der Richter es nach den Grundsätzen des vorigen Paragraphen festzusetzen. Nur muß man auch hier dem Ermessen des Richters stets einen gewissen Spielraum lassen, da der Beweis sich nicht immer zu mathematischer Gewißheit bringen läßt.

Unter gewissen Voraussetzungen aber kann der Kläger ein Recht haben, welches ihn dieser Nothwendigkeit des gewöhnlichen Beweises ganz überhebt. Dieses Recht besteht darin, daß der Kläger den von ihm gemachten Anschlag seines Interesse durch Eid bewahrheitet, iusiurandum in litem, Würderungseid. Hier finden jene Grundsätze keine Anwendung, die Quantität ist auf sein Gewissen, nicht auf Rechtsregeln gestellt.

Darnach läßt sich die Frage beurtheilen, ob der Kläger auch sein Affectionsinteresse beschwören könne, die man für gewisse Fälle bejahen, für gewisse verneinen wollte. Daher die Eintheilung in iusiurandum in litem affectionis und veritatis, (ein ungeschickter Ausdruck, da ja auch die Affection etwas Wahres ist). Dies ist eine ganz einsichtslose Theorie.[1] Auf der einen Seite ist jedes Interesse, welches Gegenstand einer Forderung ist, Vermögensinteresse. Wenn daher ein Kläger sagte: ich beschwöre so und so viel als mein Vermögensinteresse, so viel als mein Affectionsinteresse, so würde bloß auf den ersteren Betrag Rücksicht

---

1) (Die Stellen, aus denen man sie abgeleitet hat, sind gänzlich mißverstanden. In der ersten Stelle Note p des Lehrbuchs z. B. gehört solum nicht zu quod intersit, sondern zu aestimatur, der Eid ist also nicht etwa wegen Culpa auf das Vermögensinteresse beschränkt, wegen Dolus und Contumacia auf das Affectionsinteresse ausgedehnt, sondern er ist bei Culpa gänzlich ausgeschlossen. Vgl. L. 4. §. 4., L. 5. §. 3. D. de in litem iurando (12, 3). In L. 10. eod. ist quanti sua interest nicht als Beschränkung des Eides aufzufassen, L. 5. §. 4., L. 8. eod. enthalten nicht einmal die Andeutung einer solchen. Die L. 5. §. 1. D. ne quis eum (2, 7) spricht nicht vom Schätzungseide, sondern der Edition des Klägers (Mos. et Rom. leg. Collat. II, 6. §. 1. 3.), in L. 1. D. de in litem iurando (12, 3) endlich bezieht sich rei pretium der Inscription nach auf die richterliche Schätzung zur Ermittelung der Municipalcompetenz, L. 13. 11. D. de in ius voc. (2, 4), es versteht sich, daß diese für den Schätzungseid des Klägers keine Gränze sein kann. A. d. H.)

zu nehmen sein. Auf der anderen Seite tritt ja eben hier das Gewissen des Klägers an die Stelle der Rechtsregeln. Eine Regel ist gar nicht denkbar, niemand kann dem Kläger verwehren einen höheren Ansatz zu machen, wenn er es mit seinem Gewissen verträglich findet. Die Regel, der Kläger dürfe nicht sein Affectionsinteresse in Anschlag bringen, wäre eine für den Beichtvater, nicht für den Richter.

Aber es muß ein Mittel geben, einem gewissenlosen Mißbrauch zu begegnen. Dies ist 1) die taxatio, welche der Richter beizufügen im Stande ist, ein Maximum, welches der Kläger nicht überschreiten darf, nur muß dieses geräumig genug festgesetzt sein; 2) wenn dies unterlassen ist, so kann der Richter auch nachher noch ex magna causa moderiren.

Voraussetzungen des Schätzungseides sind:

1) Eine Ungewißheit des Schadens, denn immerhin vertritt der Eid die Stelle des Beweises; da also, wo der wahre Schaden ausgemacht und evident ist, kann von ihm so wenig, wie von einem anderen Beweise die Rede sein.

2) Dolus (culpa lata) oder Contumacia des Beklagten. Siehe z. B. oben bei der rei vindicatio (§. 170).

3) Der Anspruch, dinglich oder persönlich, muß nicht von vorn herein auf das Interesse gehen, sondern auf eine andere Leistung, die durch Dolus oder Contumacia nicht erfolgt, und zwar näher Restitution oder Exhibition. Früher war die Meinung herrschend, daß überall, wo die Forderung des Interesse durch Dolus begründet werden kann, der Eid zuzulassen sei, s. dagegen die Note m des Lehrbuchs citirten Schriften. Nur unter solchen Umständen ist dies richtig, wo wegen Mangels anderer Beweise der Beklagte außerdem straflos sein würde.[2]

4) Diese Voraussetzungen unter 2) und 3) müssen natürlich bewiesen sein, damit der Eid zugelassen werden könne, mit anderen Worten, der Eid setzt voraus, daß die Existenz des Anspruches bewiesen ist, und ebenso Dolus oder Contumacia des Beklagten; aber auch nur dieses.

Sonst hat man geglaubt, in dieser Beziehung zeichne sich ein Fall besonders aus, der einer gewaltthätigen Entziehung einer Sache. Hier begreift der Anspruch des Verletzten nicht

---

2) Vgl. L. 5. 6. 9. D. de in litem iurando (12, 3).

bloß die Restitution der unmittelbar, sondern auch der mittelbar ihm entgangenen Sachen, z. B. der in dem Grundstück befindlichen beweglichen Sachen. Der Eid geht überhaupt auf die Größe des durch die erlittene Gewalt verursachten Schadens, also auch darauf, daß und wie viele sonstige Sachen in Folge derselben verloren worden. Dies hat man für eine Eigenthümlichkeit des vorliegenden Falles gehalten: iuramentum Zenonianum. Aber dasselbe kann bei jeder Anwendung des iusiurandum in litem eintreten. Daß ein Ereigniß schädlich und wie hoch der Schade, ist nicht zu trennen. Man darf damit nicht verwechseln den Beweis des Delicts, der auch in jenem Falle vorausgesetzt wird, und nicht durch den Eid geführt werden kann.

Zinsen.

§. 227—229.

Den Begriff der Zinsen s. im Lehrbuch. Wesentliche Voraussetzung ist eine Hauptschuld, Quantität fungibler Sachen. Daher sind sie auch bei uns auf eine Obligation möglich, welche ursprünglich auf eine andere Leistung geht, z. B. auf ein Opus.

Die Qualität der Zinsen stimmt in dubio mit der der Hauptschuld überein, doch ist dies nicht wesentlich.

Die Zinsverbindlichkeit kann nur so lange dauern als die Hauptschuld, ihr Verhältniß ist das von accessorium und principale. Zwei Fälle sind möglich:

1) Die Zinsverbindlichkeit ist auch formell eine bloße Accession, nur Nebengegenstand der Capitalforderung, also keine besondere Klage zulässig.

2) Sie ist formell eine besondere Obligatio, mit besonderer Klage, aber eine accessorische Obligatio, also materiell doch jenes Verhältniß von Principale und Accession vorhanden.

Im ersten Fall hindert die Aufhebung der Hauptschuld nicht bloß den weiteren Lauf der Zinsen, sondern auch die Forderung der schon bis dahin entstandenen, im zweiten Fall kann die Klage noch wegen der früheren angestellt werden.

Dieser Unterschied wird auch wichtig für die Verjährung der Hauptklage. Im ersten Falle ist natürlich keine Klage auf die Zinsen mehr zulässig, z. B. Verzugszinsen. Im zweiten Falle tritt dieser Grund nicht ein. Consequent würde man hier sagen

müssen: die Zinsforderung wird nicht gehemmt. Die materielle Abhängigkeit ist kein Hinderniß, so wenig wie beim Pfandrecht oder der Bürgschaft. Die Entscheidung hängt ab von der Interpretation der L. 26. Cod. de usuris (4, 32).[1]

Wenn die Hauptklage verjährt ist, so soll auch nicht mehr auf die rückständigen Zinsen geklagt werden können, wenn gleich die Klage auf diese für sich noch nicht verjährt wäre. Ist diese von dem zweiten Falle zu verstehen? Nach der gewöhnlichen Ansicht allerdings, und dies hat für sich 1) daß die Worte des Gesetzes diesen Fall begreifen: singulis annis earum actiones nasci; 2) daß für den ersten Fall eine besondere gesetzliche Entscheidung nicht nöthig war. Daraus ergiebt sich aber noch eine weitere Consequenz, daß um so mehr auch künftige Zinsen nicht mehr eingeklagt werden können, also daß auch für diese die Forderung auf eine naturalis obligatio herabgesetzt wird. Eine abgesonderte Verjährung der Zinsklage bezieht sich immer nur auf den einzelnen Termin, wegen dessen die Klage die Verjährungszeit hindurch versäumt worden ist.

Nicht schon von selbst entsteht aus einer zinsfähigen Hauptschuld eine Zinsverbindlichkeit. Doch hat dies Ausnahmen, wo es gerecht erschien, daß der Schuldner dieses Aequivalent für die Benutzung des fremden Capitals leiste, s. g. gesetzliche Zinsen, usurae officio iudicis praestandae. Die einzelnen Fälle siehe im Lehrbuch §. 227. unter 1)—5).

In allen diesen Fällen ist die Zinsverbindlichkeit ein Bestandtheil der Hauptschuld, die Zinsen ein Nebengegenstand der Hauptklage. Daher geht keine besondere Klage auf dieselben.[2]

Außerdem ist keine besondere Constituirung der Zinsverbindlichkeit durch ein Rechtsgeschäft erforderlich: Vertrag, Testament, richterliche Auflage (z. B. bei der Theilung, wenn eine verzinsliche Entschädigungssumme geleistet werden soll), usurae ex

---

1) L. 26. pr. C. de usuris (4, 32): Eos, qui principali actione per exceptionem XXX vel XL annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, iubemus non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad XXX vel XL praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.

2) Vgl. L. 4. C. depositi (4, 34)

obligatione. Hier sind jene beiden Fälle möglich: 1) eine besondere Klage: wenn die Zinsen durch einen abgesonderten Vertrag, Testament (als Legat) entstanden sind. 2) Zinsverbindlichkeit ohne besondere Klage beim pactum adiectum, bei richterlicher Zuerkennung, auch beim Vertrag, wenn dieses die Intention der Parteien war. Nach römischem Recht war dies immer der Fall, wenn durch ein pactum adiectum die Zinsen verabredet waren. Dies entscheidet nach heutigem Recht nicht schlechthin, weil ein pactum auch für sich klagbar ist, was nach römischem Recht nur ausnahmsweise in gewissen Fällen eintrat.

Dem die Zinsen Fordernden liegt der Beweis dieser Begründung der Zinsverbindlichkeit ob; doch überhebt eine lange Zeit hindurch geschehene Entrichtung der Zinsen dieses Beweises, wenn nur die Hauptschuld unbestritten ist.[3]

Ueber die Höhe der zu fordernden Zinsen s. das Lehrbuch §. 228. Bei den usurae ex obligatione beruht sie auf der Festsetzung durch Rechtsgeschäft, bei den gesetzlichen auf rechtlicher Vorschrift. Diese ist theils bestimmt (s. das Lehrbuch), theils unbestimmt, d. h. sie richtet sich nach dem, was der Gläubiger außerdem hätte beziehen können, durch Anlegung des Capitals. [Dies würde eigentlich heißen „landesübliche Zinsen"; man hat dies aber oft falsch verstanden, nämlich als den höchsten gesetzlichen Zinsfuß, der im Lande gilt. Das römische Recht schlägt den Weg ein, daß es die Höhe der Zinsen nicht schlechthin bestimmt, sondern abhängig macht von der Höhe, die der Gläubiger gerade jetzt erhalten konnte.] Dies letztere gilt namentlich auch für die Verzugszinsen.[4] Die Stellen des römischen Rechts in Note bb des Lehrbuchs enthalten dies unzweideutig (ex more regionis u. dgl. bedeutet nicht ein Gewohnheitsrecht, sondern den gewöhnlichen factischen Zinsfuß). Auch das Reichsgesetz ändert dies nicht, es stellt nur eine Vermuthung auf, die dem damaligen factischen Zinsfuß angemessen war. Es ist daher ganz unrichtig, wenn man eine Fixirung auf die höchsten gesetzlichen Zinsen angenommen hat. Dieser Irrthum macht sich besonders jetzt, wo der factische Zinsfuß sehr gering ist, fühlbar.[5]

---

3) L. 6. D. de usuris (22, 1).
4) Vgl. die in Note bb des Lehrbuchs citirten Stellen.
5) (Die im Text ausgesprochene Ansicht ist nicht richtig. Das Reichsgesetz §. 229 Note bb des Lehrb. (R.D.A. 1600. §. 139.) enthält allerdings eine Fixirung des **Minimums**, welches der Gläubiger verlangen kann, und die Rechts-

Ueber die gesetzlichen Zinsbeschränkungen siehe das Lehrbuch §. 229.

Strafen.

§. 230. 231.

Der Gegenstand einer Obligatio kann den Charakter einer Strafe haben (Privatstrafe im Gegensatz zu einer öffentlichen, die nicht durch actio, sondern durch accusatio gefordert wird, nicht auf dem Wege des Civilprocesses, sondern des Criminalverfahrens; siehe §. 261).

Strafe setzt stets eine Verletzung voraus, wodurch sie begründet wird. Diese Verletzung kann aber nicht bloß ein Delict, sondern auch die eines bestehenden rein privatrechtlichen Verhältnisses sein.

Die bloße Wiederherstellung des verletzten Privatrechtes ist keine Strafe im eigentlichen Sinn. Als Strafe kann nur eine davon unabhängige Leistung betrachtet werden.

Diese Unabhängigkeit kann sich darin zeigen a) daß sie stattfindet, auch wo eine solche Wiederherstellung nicht nöthig ist, z. B. bei der Injurie; b) daß sie von der daneben eintretenden Wiederherstellung getrennt besteht, mit einer besonderen Klage. In diesen beiden Fällen finden reine Pönalklagen statt. Dies Verhältniß tritt nur bei Delicten ein; c) daß sie mit der Wiederherstellung zwar zu Einer Forderung verbunden ist, aber doch über sie hinausgeht, wenigstens daß die Leistung nicht von dem Beweis dieser Höhe der Beschädigung abhängig ist, und auch nicht durch die Nachweisung, daß der Schaden nicht so hoch sich

---

vermuthung „daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünf wohl haben möge" ist nur das Motiv „ein gewisses loco interesse a tempore morae zu statuiren und zu setzen". Dieser Grund aber hat zu einer Rechtsvorschrift geführt, deren ausgesprochener Zweck ist: „damit die Parteien in puncto liquidationis des langweiligen Proceß enthoben, auch (das) Cammergericht damit nicht überladen werde". Ein Mehreres zu fordern, bleibt unbenommen, dann aber bedarf es einer Beweisführung („oder aber, da dem creditori solche fünf Gulden nicht annehmlich, sondern er vermeinen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente, ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganz (es) Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen und der richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen sein soll.") Die Wahl der letzteren Alternative enthält also einen Verzicht auf die erstere. Vgl. Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze (1786—94) Bd. 10. §. 87 S. 2133—36. A. d. H.)

beläuft, abgewendet oder gemindert werden kann (darum ist z. B. das iusiurandum in litem eine Strafe). Hier ist die Klage eine mixta, und dies kommt bei Delicten und bei Contractsforderungen vor.

Die Strafforderung kann auf Rechtsvorschrift beruhen, gesetzliche Strafe; davon wird unten noch bei der Entstehung der Obligatio durch unerlaubte Handlungen die Rede sein (§. 261. 271.) und bei den einzelnen Obligationen. Aber auch auf Vertrag, wodurch sie für einen gewissen Fall verabredet ist, Conventionalstrafe [poena promissa]. Davon hier noch näher, vgl. das Lehrbuch §. 231.

Conventionalstrafe ist eine Leistung, die unter der Bedingung versprochen wird, daß eine gewisse andere Leistung nicht oder nicht in der gehörigen Art erfolgen würde.

Um den Charakter einer Strafe zu haben, muß die Leistung

1) für den Fall der Verletzung einer sonstigen Verabredung festgesetzt sein. Ihr materieller Charakter ist die Bestärkung einer anderen Leistung. Die Bestärkung besteht darin, daß dem Berechtigten dieses indirecte Zwangsmittel gegeben wird. Aber die Unterlassung der Leistung, die zur Bedingung der Conventionalstrafe gemacht ist, braucht nicht schon an sich eine Rechtsverletzung zu sein, denn es handelt sich hier nicht um eine rechtliche Folge einer Verletzung, die voraussetzt, daß die Verletzung an sich eine Rechtsverletzung ist, sondern um eine auf Vertrag beruhende.

Zwei Fälle sind also möglich: a) die Conventionalstrafe ist verabredet für die Verletzung einer bestehenden Obligatio, welche Verletzung auch schon abgesehen von jener Verabredung rechtliche Folgen hat. Hier ist die Conventionalstrafe materiell und formell ein Bestärkungsmittel und somit etwas accessorisches; b) sie ist verabredet ohne eine bestehende Obligatio, sie dient vielmehr als Mittel, Jemanden indirect zu etwas zu nöthigen, wozu keine directe Verpflichtung möglich ist, z. B. wegen Mangels des Interesse (s. oben). Hier ist die Conventionalstrafe formell selbstständig, nicht accessorisch. Sie ist insofern ein selbstständiges Versprechen unter einer Bedingung.

Daher hängt die Gültigkeit der Conventionalstrafe nicht ab von der Gültigkeit der dadurch bestärkten Verbindlichkeit. Nur enthält sie doch einen indirecten Zwang zu etwas; wenn daher das, was erzwungen werden soll, etwas Unsittliches ist (z. B.

Conventionalstrafe unter der Bedingung, ein Verbrechen oder eine unsittliche Handlung zu unterlassen), oder wenn wenigstens der Zwang etwas Unsittliches ist (z. B. nach römischem Recht beim Verlöbniß), so ist der Vertrag als contra bonos mores nichtig. Dasselbe Resultat giebt folgende Auffassung: die Conventionalstrafe ist ein Versprechen unter einer Bedingung; ist die Bedingung eine unsittliche oder unmögliche, so ist der Vertrag ungültig.

Ist die Nichterfüllung einer Obligatio die Bedingung, so daß die Conventionalstrafe einen accessorischen Charakter hat, so fällt sie weg, wenn jene Obligatio aufgehoben wird. Denn diese Aufhebung ist Deficienz der Bedingung, da sie unmöglich wird.[1]

2) Der Charakter der Strafe setzt Unabhängigkeit von der bloßen Wiederherstellung gegen die Verletzung voraus. Dieser Charakter ist unzweifelhaft vorhanden, da wo der Eintritt der Bedingung gar nicht die Verletzung eines unabhängig von derselben bestehenden Rechts ist, also außer der Conventionalstrafe gar keine Rechtshülfe besteht.

Aber auch wo eine bestehende Obligatio dadurch bestärkt wird, hat sie den Charakter einer Strafe, nicht bloß wenn a) neben ihr auch noch auf die Erfüllung der Obligatio oder das Interesse geklagt werden kann, sondern auch b) wenn sie die Stelle der Erfüllung oder das Interesse vertritt, also ein gewillkürter Anschlag des Interesse ist, weil ihr Betrag über das wahre Interesse hinausgehen kann, oder wenigstens von dem Beweis des wirklichen Schadens ganz unabhängig ist. Im ersten Fall ist sie eine reine Strafe, im zweiten eine (mit der Wiederherstellung) gemischte. Im Zweifel ist der zweite Fall, als das minus, anzunehmen.[2]

---

1) L. 15. D. de transact. (2, 15): Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subiici solet; sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest. L. 16. eod.: Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit, rato manente pacto stipulanti recte promiserat, praestare cogetur. — In L. 15. heißt rescisso pacto soviel als rupto, wie sich aus L. 16. cit. ergiebt. Vgl. Note i des Lehrbuchs.

2) (Parbs a. a. O. S. 73: „Im Zweifel ist die Conventionalstrafe als ein verwillkürter (?! lies: gewillkürter) Anschlag des Interesse zu betrachten." A. d. H.)

Darnach beantwortet sich die Frage, ob Conventionalstrafe und Erfüllung (oder Interesse), oder Conventionalstrafe oder Erfüllung (oder Interesse) gefordert werden kann. Ist die Conventionalstrafe gewillkürter Anschlag des Interesse, so ist dies entweder a) das der Nichterfüllung; dann kann nur eines von beiden gefordert werden. Ist die Erfüllung noch nachher geschehen und angenommen, so ist die Forderung der Conventionalstrafe nicht mehr zulässig. Ist die Conventionalstrafe gefordert, so kann noch das Mehr des erweislichen Interesse nachgefordert werden. Oder b) das der nicht gehörigen, so namentlich der verspäteten Erfüllung; hier kann die Conventionalstrafe oder das Interesse der verspäteten Erfüllung, natürlich aber immer noch auch die Erfüllung selbst, gefordert werden. Was die Höhe der Conventionalstrafe anlangt, so ist sie an sich unbeschränkt; nur bei einer zinsfähigen Schuld ist nicht das gesetzliche Zinsmaaß zu überschreiten.

Die Conventionalstrafe ist verfallen, die Forderung derselben entstanden, so wie die Bedingung existirt, also mit der Zeit, wo die Leistung geschehen sollte und nicht geschieht, oder die Handlung geschieht, welche unterlassen werden sollte. Dies folgt aus dem Charakter eines Versprechens sub conditione. Ganz unzweifelhaft ist er da anzuwenden, wo keine bestehende Obligatio die Verabredung veranlaßt, aber auch wo eine solche besteht, muß dasselbe gelten. Zur Fälligkeit der Conventionalstrafe ist keine Mora des Schuldners erforderlich; daher auch keine purgatio morae möglich, [d. h. wenn auch der Schuldner nachher noch die Erfüllung anbietet, braucht der Gläubiger sie nicht anzunehmen]. Eine singuläre Ausnahme in favorem libertatis[3] ist heutzutage unanwendbar.

Wenn die Bedingung ein Factum ist und es sind mehrere Verpflichtete, z. B. mehrere Erben des Promittenten vorhanden, so sind alle verpflichtet, wenn auch nur Einer die Handlung vorgenommen hat, aber die Verpflichtung trifft sie nur pro rata. Ist aber das Factum ein theilbares, und von Einem nur zum Theil vorgenommen, so ist nur dieser Theil der Strafe, und nur für den Handelnden verfallen, z. B. das Factum ist Anstellung

3) L. 122. §. 2. D. de V. O. (45, 1).

einer Klage, und die Klage ist pro rata von einem Erben angestellt.[4]

Subjecte der Obligatio.

Stellung derselben.

§. 232.

Die Stellung der Personen zu einander hat einen wichtigen Einfluß auf die Natur der Obligatio, namentlich auf die Vertheilung der Rolle von Gläubiger und Schuldner, die so geschehen kann, daß beide diese Stellung haben, oder nicht. Darauf geht die Eintheilung in einseitige und gegenseitige Obligationen.

Drei Fälle sind dabei zu unterscheiden:

1) Die eine Person ist vermöge der bestehenden Obligatio nur Gläubiger, die andere nur Schuldner, und der Inhalt der Obligatio geht durchaus nicht darüber hinaus, so daß niemals eine gegenseitige Verpflichtung möglich ist. Dies ist der Fall bei den Delictsklagen,[1] sodann bei vielen Geschäftsobligationen, nach römischem Recht bei allen obligationes stricti iuris, weil bei ihnen der wörtliche Inhalt die Gränze bildet. Dies entscheidet heutzutage nicht; aber auch nach heutigem Recht giebt es solche [Geschäftsobligationen, die hierher gehören und wo der Eine nur Gläubiger, der Andere nur Schuldner ist], da wo es in der Natur des obligatorischen Verhältnisses liegt, siehe unten §§. 304—318. Streng einseitige Obligationen.

2) Einseitige Obligationen, die es ihrem ursprünglichen Inhalte nach sind, die aber eine secundäre Verpflichtung des Gläubigers zulassen, z. B. Depositum, Mandatum. In diesem Falle wird eine actio contraria gegeben. Aber dem Wesen nach sind

---

4) (Die im Text aufgestellte Unterscheidung theilbarer und untheilbarer Facta beschränkt sich auf Unterlassungen, welche unter einer Conventionalstrafe versprochen sind. Dagegen werden Leistungen, wenn sie auch an sich theilbar sind, wie die Zahlung einer Summe, Tradition einer Sache zum Eigenthum, durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe insofern ohne Unterschied untheilbar, als die Strafe wie das Pfand die vollständige Erfüllung der Verbindlichkeit sichern soll, also ganz verfällt, wenn diese nur theilweise erfolgt. Vgl. L. 25. §. 13. D. fam. herc. (10, 2), L. 5. §. 3. 4., L. 85. §. 6. D. de V. O. (45, 1). A. d. H.)

1) (Parbs a. a. O. S. 73. „Delictsobligationen". Der Ausdruck im Heft ist vollkommen verständlich. A. d. H.)

diese Obligationen doch noch einseitige, die gegenseitige Verpflichtung ist keine wesentliche. Siehe unten §§. 319—358. Einseitige Obligationen mit actiones contrariae.

3) Gegenseitige Obligationen, bei denen die gegenseitige Berechtigung und Verpflichtung zu ihrem Wesen gehört. Es sind mehrere, aber mit einander wesentlich verbundene und einander voraussetzende Obligationen. Daher mehrere actiones directae. S. unten §. 359—374.

Der Sprachgebrauch, unter einseitigen Obligationen bloß 1), unter zweiseitigen 2) und 3) zu begreifen, ist zu verwerfen.

Zwei Principien, die aus der Natur der gegenseitigen Obligationen folgen, sind: 1) Forderung und Verbindlichkeit der einen Partei setzt Forderung und Verbindlichkeit der anderen voraus, ist die eine nicht verpflichtet, so ist es auch nicht die andere. 2) Wer eine Forderung geltend macht aus einer gegenseitigen Obligatio, bekennt sich damit auch als Schuldner (wenigstens daß er es einmal gewesen sei).

Zu 1). Wenn ein Mündel ohne seinen Vormund einen gegenseitigen Contract schließt, so entsteht dadurch keine Obligatio, da er zwar berechtigt werden könnte, aber dies hier nicht ohne seine Verpflichtung möglich ist, [die wieder nicht ohne den Consens seines Vormundes eintreten kann]. Aber es soll wenigstens auf seiner Seite das Recht entstehen, die Entstehung der Obligatio zu bewirken, wenn er sich nachher in gehöriger Art (also mit Zustimmung des Vormundes) seinerseits verpflichtet. Die andere Partei ist also nicht aus dem Contract verpflichtet, bis auch jener verpflichtet wird, aber wohl unter dieser Bedingung; so hängt also die Existenz des Geschäftes von dem Pupillen ab. Darum hat man solche Geschäfte negotia claudicantia genannt. Der Pupill ist nicht an den Contract gebunden, aber der andere Theil, doch dieser nur unter jener Bedingung, weil der Contract zur wirklichen Existenz nur durch gegenseitige Verpflichtung kommen kann.

Einige neuere Juristen haben diesen Rechtssatz so auffassen wollen: der Pupill werde ohne den Vormund naturaliter obligirt; so auch hier, darum bestehe die gegenseitige Obligatio, auf Seiten des Pupillen als naturalis, auf Seiten des Anderen als civilis. Der Pupill könne klagen, aber wenn er nicht seinerseits erfülle,

habe der Andere die exceptio non adimpleti contractus.[2] Diese Ansicht ist unrichtig, weil die Prämisse: naturalis obligatio des Pupillen, der ohne die auctoritas des Vormundes contrahirt, falsch ist, siehe §. 237 Note h. des Lehrbuchs.

Zu 2). Jeder Gläubiger in einer gegenseitigen Obligatio ist auch Schuldner. Die Ordnung der Erfüllung kann bestimmt sein; in einem Falle ist sie es gesetzlich, bei dem Miethvertrage, wo zuerst der Vermiether zu erfüllen hat, (auch bei verabredeter Pränumeration des Miethzinses kann der Miether verlangen, zuerst in den Genuß gesetzt zu werden). Außerdem kann die Ordnung verabredet sein. Ist dies nicht der Fall, so kann keiner verlangen, daß der Andere mit der Erfüllung den Anfang mache. Er verlangt etwas Unbilliges, wenn er klagt, ohne seinerseits erfüllt zu haben (oder wenigstens von seiner Seite alles, was dazu nöthig, gethan zu haben). Der Beklagte hat die exceptio doli. Die Neueren nennen sie exceptio non impleti contractus, Einrede des nicht erfüllten Contracts.

Der Grund dieser Einrede ist die Gegenforderung aus der gegenseitigen Obligatio. Diesen muß der Excipient beweisen. Dies geschieht dadurch, daß der Ursprung der Klage aus einer gegenseitigen Obligatio bewiesen wird, (wenn es bestritten wird). Dies ergiebt sich aus der Fassung der Einrede in L. 25. D. de A. E. V.[3] (wobei man an eine Stipulation über den Kaufpreis denken muß, denn gegen die actio venditi wäre die formelle Exceptio nicht nöthig gewesen). Außerdem hat er, wenn die Größe der Gegenforderung bestritten wird, diese ebenfalls zu beweisen [z. B. es klagt Jemand auf Herausgabe einer Sache, die ihm von mir verkauft ist, die er aber noch nicht bezahlt hat, ich setze ihm die exceptio non impleti contractus entgegen; er aber sagt, ich fordere mehr als verabredet sei und er habe mir den wahren Preis offerirt]. Behauptet dagegen der Kläger, erfüllt zu haben, so hat er dies zu beweisen, wie jeder Schuldner, der den Ein-

2) Vgl. Note a des Lehrbuchs.

3) L. 25. D. de A. E. V. (19, 1): Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est. Ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

wand der Zahlung macht, und wie dies auch geschehen müßte, wenn der Beklagte als Kläger aufgetreten wäre.

Diese sehr einfachen und innerhalb der gewöhnlichen Regeln sich haltenden Sätze hat man häufig durch eine ganz verkehrte Theorie verunstaltet.

Die Theorie hängt zusammen mit dem Namen exceptio non impleti contractus. Aus diesem ist die Meinung entstanden, die Nichterfüllung sei der Grund der Einrede. Also müßte eigentlich der Excipient die Nichterfüllung beweisen. Dieser Schwierigkeit wollten nun Manche dadurch entgehen, daß sie die Erfüllung einen Theil des Klagegrundes nannten, und aus diesem Grunde dem Kläger den Beweis auferlegten. Eine unter den Praktikern sehr gewöhnliche Vorstellung. Daraus ist ferner die Anforderung geflossen, der Kläger müsse die Erfüllung in seiner Klage erwähnen (dies wäre in der That sogar ein Fehler: Anticipation der Replik in der Klage). Jene Behauptung ist ein Verstoß gegen einen der ersten Grundsätze. Die gegenseitigen Contracte sind Consensualcontracte, nicht Realcontracte, mithin kann die Erfüllung nicht zum Grund der Klage gehören.

Man hat davon noch unterschieden die exceptio non rite impleti contractus. Nicht wenige Juristen haben geglaubt, hier wenigstens müsse der Beklagte die Nichterfüllung beweisen. Auch diese Meinung ist unrichtig. Die Behauptung der Erfüllung ist Einwand der Zahlung. Diese muß der Schuldner beweisen, auch wenn sie nur theilweise bestritten, also theilweise zugegeben wird. Sie ist daher keine besondere Einrede, sondern dieselbe mit der vorigen. Etwas anderes ist die Bestreitung der Größe der Gegenforderung (s. oben).

In diesen Irrthümern treiben sich die meisten Abhandlungen über diesen Gegenstand um. Hätte man sich, statt an den selbsterfundenen Namen, an die Sache gehalten, so wäre unsere Literatur mit einer ziemlichen Anzahl unnützer Schriften verschont geblieben.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

§. 233.

Es können Mehrere auf denselben Gegenstand verpflichtet oder berechtigt sein, solidarische Schuldner oder Gläubiger. In

dieser Identität des Gegenstandes liegt eine Ausschließung folgender Fälle:

1) Jeder ist zu einem besonderen Gegenstand berechtigt oder verpflichtet, wenn auch zu einem mit dem anderen völlig gleichartigen. Die Obligationen sind ganz unabhängig von einander, z. B. Mehrere begehen zusammen ein Delict und sind dadurch einer Pönalklage unterworfen. Jeder ist zur Strafe verpflichtet, die so oft gefordert wird, als Personen existiren. Im Gegensatz zur Verpflichtung pro parte sind sie in solidum verpflichtet, aber keiner wird durch die Leistung des Anderen befreit.

2) Jeder ist zu einem anderen, nicht einmal gleichen Gegenstand berechtigt oder verpflichtet. So überhaupt mehrere Gläubiger derselben Person oder mehrere Schuldner desselben Gläubigers auf verschiedene Leistungen, so daß diese Obligationen nur in der Person des Schuldners oder Gläubigers zusammentreffen. Dahin gehört in der That auch der Fall einer Theilung der Forderung oder Leistung unter Mehrere, so daß jeder pro parte berechtigt oder verpflichtet ist. So mehrere Erben des Gläubigers oder Schuldners bei einer theilbaren Obligatio, ferner: mehrere versprechen zusammen etwas Theilbares, ohne daß ein Grund der solidarischen Verpflichtung eintritt.

Bei der solidarischen Obligatio ist jeder zu demselben Gegenstande, und zwar zum Ganzen berechtigt oder verpflichtet. Es ist ungeachtet der Mehrheit der Personen nur Ein Gegenstand, die Leistung braucht nur einmal zu geschehen. Aus dieser Identität des Gegenstandes folgt, daß durch Leistung oder Empfang Eines die übrigen Schuldner befreit werden, die übrigen Gläubiger ihre Forderung verlieren. So z. B. wenn Mehrere ein Delict begehen, und dadurch dem Anspruch auf Schadenersatz unterworfen sind. Der Schadenersatz ist nur e i n e r, er ist nicht mehrfach denkbar; jeder hat durch seine Theilnahme am Delict die ganze Haftung auf sich genommen, er kann in solidum belangt werden; hat Einer Schadenersatz geleistet, so ist kein Schaden mehr übrig, die Forderung gegen die Anderen, welche ebenso hätten auf das Ganze belangt werden können, hat keinen Gegenstand mehr, sie ist durch Leistung des Einen mit getilgt. Dieses sind die obligationes in solidum im eigentlichen Sinn, die nicht bloß den obligationes pro parte gegenüberstehen, sondern auch den Obligationen mit verschiedenen, wenn auch gleichen Gegen-

ständen, obligationes in solidum in dem obigen Sinn. Von jenen sind sie dadurch unterschieden, daß sie auf das Ganze, von diesen dadurch, daß sie auf dasselbe gehen.

Das Gemeinschaftliche aller solidarischen Obligationen ist, daß Mehrere auf denselben ganzen Gegenstand berechtigt und verpflichtet sind, und dieser Gegenstand nur einmal zu empfangen und zu leisten ist. Alle Sätze, die sich aus diesem Princip ableiten, sind daher auch allen solidarischen Obligationen gemein. — Es sind aber zwei Classen zu unterscheiden:

1) Die Solidarität schließt nicht aus, daß es mehrere Obligationen sind, so viele, als Personen, so gut wie bei jenen nicht solidarischen. Z. B. wenn mehrere Urheber eines Delicts zum Schadenersatz verpflichtet sind. Außer jener Verbindung in dem Gegenstand sind sie unabhängig und selbstständig. Dies ist der Fall, wenn die Solidarität ihren Grund bloß in der Identität des Gegenstandes hat, zu welchem jeder vermöge der Natur des Verhältnisses oder vermöge besonderer Rechtsvorschrift in solidum berechtigt oder verpflichtet ist. Die einzelnen Fälle dieser Solidarität sind im Lehrbuche aufgezählt.

2) Eine noch vollkommenere Verbindung ist vorhanden, wenn nicht bloß derselbe Gegenstand, sondern auch Eine Obligatio es ist, für welche auf einer oder beiden Seiten mehrere Subjecte existiren. Eine solche [solidarische] Obligatio heißt Correalobligation, Activcorrealobligation, wenn mehrere Gläubiger, Passivcorrealobligation, wenn mehrere Schuldner es sind, welche zu derselben Obligatio gehören; für die erstere ist die römische Bezeichnung: duo rei stipulandi, correi credendi, für die letztere: duo rei promittendi, correi debendi.

Ribbentrop[1] hat das Verdienst, diese beiden Classen solidarischer Obligationen, die bloß solidarischen und die Correalobligationen, genau unterschieden zu haben, die man früher gewöhnlich vermischte, indem man den letzten Namen auf die erste Classe anwendete.[2]

---

1) Zur Lehre von den Correalobligationen. 1831.

2) (Die Uebertreibung der Verschiedenheiten, die sich bei einigen neueren Schriftstellern findet, hat bereits die Nothwendigkeit hervorgerufen, an die Einheit des praktischen Grundgedankens beider Klassen zu erinnern. Vgl. v. Savigny, Obl. Recht Bd. I. (1851) S. 219 b. Dieser besteht sowohl bei einfach solidarischen als bei Correalobligationen darin, daß durch Rechtsvorschrift oder wechselseitige Verbürgung dem Gläubiger eine einfachere und sichere Rechtsver-

Von der Entstehung der Correalobligation.

§. 234.

Zwischen der Entstehung der bloß solidarischen und der Correalobligation ist der Unterschied, daß die erste allein dadurch entsteht, daß Mehrere zu demselben Gegenstande berechtigt oder verpflichtet sind,[1] sei es daß ihre solidarische Verpflichtung auf der Natur des Gegenstandes oder auf besonderer Rechtsvorschrift beruht. Die Correalobligation dagegen beruht zugleich auf dem Willen. Am anschaulichsten tritt dies hervor, wo in dem Gegenstand selbst gar kein Grund einer solidarischen Berechtigung oder Verpflichtung liegen würde, z. B. Mehrere versprechen zusammen eine Summe; an sich wären sie pro parte verpflichtet, eine solidarische Verpflichtung entsteht hier nur durch den darauf gerichteten Willen, und hier ist sie zugleich eine Correalobligation.[2]

Zur Existenz einer Correalobligation gehört

1) ein Geschäft, welches die Intention einer solidarischen Berechtigung oder Verpflichtung enthält. Formeln: „in solidum, solidarisch, sammt und sonders, ille aut ille, Alle für Einen, Einer für Alle.“ Das Geschäft kann ein Vertrag, oder Testament, oder richterlicher Act sein.

---

folgung (z. B. gegen Einen und zwar den solventesten Schuldner) ermöglicht wird, mit Vorbehalt einer endlichen Ausgleichung durch Regreß des ausgewählten gegen die Uebrigen. Vgl. L. 47. D. locati (19, 2). A. d. H.)

1) (Im Text wird vorausgesetzt, daß es auch active einfache solidarische Obligationen gebe. Dies ist ein Irrthum: nur das Correalverhältniß kommt auf beiden Seiten vor; die einfach solidarischen Obligationen (auf Entschädigung aus gemeinschaftlichen Delicten, Verträgen oder vormundschaftlicher Verwaltung, die actiones adiectitiae qualitatis (vgl. §. 233 des Lehrb.) sind sämmtlich bloß passiv; die Forderung mehrerer Deponenten (§. 233 Note 1 des Lehrb.) ist eine Correalforderung, das solidarische Klagrecht mehrerer argentarii socii eine handelsrechtliche Singularität (vgl. v. Savigny, Obl. Recht Bd. I. S. 150 f.), keine Correalobligation (denn Einer allein konnte z. B. nicht noviren), obgleich keine einfach solidarische, denn unstreitig erlosch die Klage des Socius schon durch die Litiscontestation. A. d. H.)

2) (Dies leidet jedoch eine Ausnahme bei Verpflichtungen auf einen untheilbaren Gegenstand, z. B. Servitut, Opus, Unterlassen; diese Schuld ist nicht, wie der Verf. §. 233 Note o des Lehrbuchs annimmt, eine blos solidarische, sie hat alle Merkmale wahrer Correalität, dennoch entsteht sie durch das Versprechen ganz von selbst. Vgl. v. Savigny, Obl. Recht Bd. I. §. 16 b. 17 a. 34. S. 367. 368. — Der Grundsatz, daß wenn Ein Gläubiger klagt, die Verurtheilung nur auf den Antheil des Klägers (nicht, wie bei der Klage gegen Einen Schuldner auf das Ganze) erfolgt — L. 25. §. 9. 10. D. fam. herc. (10, 2), L. 11. §. 4. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 4. §. 3. D. si serv. (8, 5) — fällt mit der Geldcondemnation weg. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 369 f. 381 f. Arndts, Lehrbuch der Pandekten (1852) §. 216. A. d. H.)

2) Die Intention muß auf Eine Obligatio gerichtet sein. Dies ist immer anzunehmen, wenn in Einem Geschäft die solidarische Obligirung geschieht. Aber es ist auch bei einer getrennten Obligirung durch mehrere Geschäfte möglich, wenn nur bei dem zweiten Geschäft nicht bloß die solidarische Berechtigung und Verpflichtung überhaupt, sondern auch die Aufnahme des neuen Gläubigers oder Schuldners in die bestehende Obligatio beabsichtigt wird. So entsteht auch durch die Annahme eines Fidejussor eine Correalobligation, indem dieser in der That in die bestehende Obligation des Schuldners, nur in der Eigenschaft eines accessorischen Schuldners eintritt.

Die Correi müssen zu einem gleichen Gegenstande berechtigt oder verpflichtet sein, par obligatio; das Gegentheil würde die Einheit der Obligatio ausschließen. Eine solche Ungleichheit, durch welche die Einheit ausgeschlossen wird, ist die Bedingung, „wenn das von dem Anderen Geschuldete nicht würde zu erlangen sein", also eine Verpflichtung auf das, was der Andere nicht leisten würde.

Sonst steht nichts entgegen, daß die Obligatio für den Einen unbedingt, für den Anderen bedingt ist, noch mehr natürlich in diem. Auch ist jeder so vollkommen Subject, [wie wenn er es allein wäre, daraus folgt], daß die Ungültigkeit der Obligatio für den Einen nicht die Ungültigkeit für den Anderen nach sich zieht [z. B. es sind zwei Correalschuldner und von dem Einen findet sich hernach, daß er wahnsinnig war, so ist seine Obligirung ungültig, der Andere aber bleibt verpflichtet]. Dies Letztere hat nur eine Ausnahme bei der Bürgschaft wegen deren accessorischer Natur.[3]

Natur der Correalobligatio.

§. 235.

Das Princip ist: Jeder Correus ist vollkommen Gläubiger oder Schuldner, wie wenn er der Einzige wäre, und es ist nur Eine Obligatio.

Jeder Correalgläubiger kann mit der Obligatio vornehmen was ein einzeln stehender Gläubiger, mit derselben Wirkung.

3) Vgl. Note f des Lehrbuchs.

Er fordert das Ganze, wenn der Schuldner ihm zahlt, so ist die Obligatio ganz getilgt. Schon durch Litiscontestation ist der Schuldner an ihn gewiesen, von den anderen befreit. Wird er freigesprochen, so hat er nicht bloß gegen jenen, sondern auch gegen die Anderen die exceptio rei iudicatae. Ebenso steht jedem Gläubiger die Aufhebung der Obligatio durch sonstige Rechtsgeschäfte zu: durch Acceptilation, Vergleich, Novation.[1] Dieser Satz folgt mit Nothwendigkeit aus der Natur der Correalobligatio und aus der Entscheidung der übrigen Fälle. Dagegen gilt er nicht von den bloß solidarischen Obligationen. Hier hat jeder Gläubiger eine besondere Forderung, über die allein, nicht über die des Anderen er Macht hat.[2] Diese wird nur durch Leistung aufgehoben, weil dadurch ihr Gegenstand untergeht, [nicht aber haben andere Aufhebungsgründe diese Wirkung]. Dies sagt die L. 27. pr. D. de pactis.[3] Die Schlußworte scheinen die Unstatthaftigkeit der Novation auch für den Correalgläubiger auszusprechen. In diesem Fall würde eine unerklärliche Abweichung von dem Princip, und ein Widerspruch mit jener ersten

---

1) L. 31. §. 1. D. de novat. (46, 2): Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi adquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulanti est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur. (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. Bd. II. S. 153—160. beschränkt die Aufhebung auf die Novation, deren specielle Absicht auf eine Tilgung der ganzen Obligatio gerichtet ist, und ergänzt daher die Worte si id specialiter agit in Gedanken durch ut eum (reum?) ab altero liberet. Allein diese Worte sind nur eine Interpolation aus L. 8. C. de novat. (8, 42), vgl. L. 29. D. de novat. (46, 2). Dagegen ist in dem Schlußsatze offenbar mit Huschke eundem für fundum und debitum promiserit für doti eum promiserit (wofür ursprünglich dixerit stand) zu bessern. A. d. H.)

2) (Vgl. hiergegen die Note 1. zu §. 234. A. d. H.)

3) L. 27. pr. D. de pactis (2, 14): Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio. Neratius, Atilicinus, Proculus nec si in rem pactus sit, alteri nocere, tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint: quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Stelle (cit. L. 31. §. 1. D. de novat. (46, 2)) vorliegen. Es ist kaum denkbar, daß über diesen Satz eine Controverse unter den römischen Juristen bestanden haben sollte. Der Widerspruch verschwindet, wenn man darauf achtet, daß die mittleren Sätze, welche die Novation betreffen, nur Parenthese sind. Der Schlußsatz: Idemque etc. bezieht sich auf den Hauptsatz, der am Anfang der Stelle steht. —

Aber nicht jede Befreiung des Schuldners von Einem Gläubiger hebt die Obligatio auf. Zwei Classen der Aufhebung sind zu unterscheiden:

1) Wirkliche Aufhebung der Obligatio selbst und unmittelbar, z. B. durch Zahlung, Novation, Acceptilation; davon gilt das oben Bemerkte.

2) Bloße Befreiung des Schuldners von dem Gläubiger, ohne daß mit der Obligatio selbst etwas vorgenommen wird. Dahin gehört die Confusion, das pactum de non petendo (auch wenn es in rem geschlossen ist). Diese Befreiung hat dieselbe Wirkung, wie die wirkliche Aufhebung, wenn nur Ein Gläubiger da ist; denn ohne Gläubiger ist keine Obligatio denkbar. Anders bei correi credendi; hier tritt nur dieser Gläubiger aus, [es bleibt immer noch ein Gläubiger vorhanden, wenn auch Einer wegfällt und mit der Obligatio ist Nichts vorgenommen, sie bleibt für die übrigen Gläubiger bestehen]. — Ebenso bei bloß solidarischen Obligationen, [hier schadet die Befreiung des Schuldners von dem einen Gläubiger nicht den anderen], ja hier tritt noch weniger eine Aufhebung ein, als dort, da nicht einmal alle objectiven Aufhebungen solche Wirkung haben, wie bei der Correalobligation, [vielmehr die anderen Aufhebungsarten außer der Zahlung, den Schuldner nicht befreien].

Jeder Correalschuldner ist vollkommen Schuldner. Was er mit der Obligatio vornimmt, gilt für die übrigen mit. Zahlung, sonstige Befriedigung des Gläubigers, z. B. durch wirklich geschehene Compensation, befreit auch die anderen. Ebenso Novation. Eigentlich müßte auch durch Litiscontestation mit Einem Schuldner die Obligatio für die übrigen zerstört werden, (wie oben bei dem Correalgläubiger bemerkt worden ist). Aber diesen Unterschied zwischen der Correalobligation und der bloß solidarischen hat Justinian aufgehoben. Erst durch Befriedigung des Gläubigers in Folge der Litiscontestation sollen die anderen

Correalschuldner befreit werden.[4] Dagegen wirkt noch die res iudicata für alle, die übrigen Correalschuldner haben die exceptio rei iudicatae, wie sie der proceßführende hat. Dieser Grundsatz gilt nicht von den bloß solidarischen Obligationen, eben weil es mehrere Obligationen sind, und nur über Eine entschieden ist. Ueberhaupt werden nur durch Befriedigung des Gläubigers die anderen solidarischen Schuldner frei, nicht durch andere Aufhebungen.

Auch hier ist ferner Aufhebung der Obligatio und bloße Befreiung eines Schuldners zu unterscheiden, welche letztere den übrigen nicht zu Statten kommt; so die Confusion, capitis deminutio, Compensationseinrede, pactum de non petendo. Die accessorische Natur der Bürgschaft bewirkt eine Ausnahme, s. unten. Ferner bei dem pactum de non petendo kann ein Correalschuldner, wenn er mit den übrigen gemeines[5] Interesse als Socius derselben hat, auch die Befreiung dieser sich versprechen lassen, wenn der Gläubiger sich dazu versteht.

Wie das Factum des einen Correalschuldners den übrigen nützen kann, so kann es ihnen auch schaden. Wenn es nämlich die Perpetuirung der Obligatio zur Folge hat, wie z. B. Vernichtung der Sache, so wird die Obligatio auch für die anderen perpetuirt, eben weil sie nur Eine ist. Anders in Beziehung auf die Mora, die Mora des einen hat keinen Einfluß auf die Stellung des anderen, eben weil es sich hier wieder nur um einen subjectiven Einfluß auf die Obligatio handelt.

Ueber die Gestaltung bei der Verjährung siehe das Lehrbuch. Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Eine bedingt verpflichtet oder berechtigt ist. So lange die Bedingung schwebt, zählt er nicht mit, und wäre die Klage zur Zeit der Existenz der Bedingung schon verjährt, so tritt er in eine klaglose Obligatio ein. Auch

---

4) (Der im Text behauptete Unterschied zwischen passiver und activer Correalobligation hat keinen inneren Grund, und auch äußerlich spricht dagegen, daß die Proceßconsumtion allgemein aufgehoben ist, wie denn in L. 2. D. de duob. reis constit. (45, 2) beide Fälle einander völlig gleich gestellt werden. Die §. 235 Note g des Lehrb. angeführte L. 57. §. 1. D. de solut. (46, 3) gehört gar nicht hierher, da sie von einem bloßen adiectus solutionis causa, nicht von einem correus spricht. In den anderen Stellen ist im Sinne Justinian's die Befriedigung des Gläubigers hinzuzudenken. Vgl. L. 8. §. 1. D. de leg. I. (30. un.). A. d. H.)

5) (Parbs a. a. O. S. 74: „gemeinsames". Der Ausdruck im Heft ist in dieser Verbindung wenigstens unzweideutig. A. d. H.)

bei dem Bürgen ist die Verjährung der Klage gegen ihn von der gegen den Hauptschuldner unabhängig. Die wesentlich verschiedenen Geschäfte bringen besondere Klagen hervor, die jede für sich verjähren.

Der Gläubiger hat das Recht aber natürlich nicht die Pflicht, einen Correalschuldner auf das Ganze zu belangen, er kann die Forderung theilen — dividere obligationem, denn man kann weniger von seinem Schuldner fordern, als er schuldig ist. Aber es fragt sich, ob er dadurch auf die solidarische Haftung des Schuldners, welchen er auf einen Fall belangt, verzichtet hat? Es giebt Stellen, welche die Frage bejahen, und solche, welche sie verneinen.[6] Sie ist zu entscheiden je nachdem der Gläubiger gegen alle zusammen klagt, oder nur gegen einen; in dem letzteren Fall hat er nicht auf die solidarische Haftung verzichtet, kann vielmehr, wie wenn er eine theilweise Zahlung angenommen hätte, noch das Uebrige fordern. Dies ist auch auf bloß solidarische Schuldner anzuwenden.

Unter Umständen kann der Gläubiger genöthigt werden, eine Theilung vorzunehmen, wenn der auf das Ganze Belangte seine Quote offerirt und den Gläubiger wegen der anderen an die übrigen Schuldner verweist. Diese Einrede heißt auxilium seu beneficium divisionis. Eingeführt wurde dasselbe durch eine epistola Divi Hadriani für Fidejussoren, als Exceptio; Voraussetzung war: Idoneität der übrigen d. h. Solvenz und Möglichkeit sie zu belangen. Nachher wurde das Beneficium ausgedehnt auf alle solidarisch Verpflichteten, welche es ipso iure, also ohne ausdrückliche Verabredung geworden sind, sofern der Gegenstand eine Theilung zuläßt, nur mit Ausnahme derjenigen, welche durch Delict solidarisch Verpflichtete geworden sind. Endlich hat Justinian dasselbe auch den Correalschuldnern, also den durch ausdrückliche Verabredung solidarisch Verpflichteten gegeben. Doch muß man auch hier noch diejenigen Correalschuldner in der Novelle 99 ausnehmen, die es durch Testament geworden sind, hier wäre die Exceptio gegen den Willen des Erblassers, dem sich die Verpflichteten nicht widersetzen dürfen.

Justinian hat aber auch das Verfahren bestimmt, welches

---

6) Vgl. die Note m des Lehrbuchs citirten Stellen.

bezwecken soll, daß die Frage der Voraussetzung (Idoneität) sicher erledigt, und dem Gläubiger demnach zu seiner ganzen Forderung verholfen wird. Wenn der Beklagte die exceptio divisionis vorschützt, so hat er die übrigen Correalschuldner zu benennen, der Richter hat sie (natürlich wenn sie seiner Jurisdiction unterworfen sind) vorzuladen, wie wenn sie mit belangt worden wären, den Proceß gegen alle einzuleiten, die Idoneität zu untersuchen und demzufolge zu condemniren. — Also die ausdrückliche solidarische Verpflichtung schließt das Beneficium nicht mehr aus; dazu ist ein namentlicher Verzicht auf dasselbe nöthig.

Nach der vorgetragenen Ansicht ist die Novelle 99 nur eine weitere Entwickelung des älteren Rechts, der Schlußstein der allmähligen Ausdehnung des auxilium D. Hadriani. Dieses einfache Verhältniß hat man nicht selten verkannt. Manche haben den Inhalt des Gesetzes von dem vorausgehenden Recht ganz abgetrennt, und zu einem ganz neuen Auxilium gemacht. Der Unterschied sei: hier bleibe noch ungeachtet der Theilung eine Haftung für spätere Insolvenzen. Manche haben daher die Novelle für eine Ausdehnung des beneficium excussionis gehalten, was ganz gegen die Natur dieses Beneficiums ist. Diese Meinung ist unrichtig. Nach Justinians Plane sollte diese Frage (einer späteren Insolvenz) gar nicht mehr vorkommen können. Der Gläubiger kann sofortige Befriedigung verlangen, und sind einige Schuldner diese zu leisten nicht im Stande, so fällt hinsichtlich ihrer die Exceptio weg. Giebt er ihnen aber Nachsicht, so hat er keinen Anspruch gegen die übrigen.

Einige haben den Umfang der Novelle in Frage gestellt, ob sie nämlich auf eigentliche Correalschuldner zu beziehen sei. Man hat dies geleugnet, weil die Novelle bloß von solchen Personen spreche, die sich gegenseitig verbürgt hätten. Aber dies ist eben nichts anderes als ein nur nicht juristisch technischer Ausdruck für die Uebernahme einer Correalschuld, da wo man sonst nur pro parte haften würde, was in der That ein Fall der Intercession ist. Justinian hat den Ausdruck gebraucht, um dadurch schon einigermaaßen, (durch Hervorhebung der Analogie) die Ausdehnung des auxilium Hadriani von dem Bürgen auf den Correalschuldner zu rechtfertigen. Daher ist kein Grund, von der gemeinen Meinung abzugehen, die auch hier richtiger den

Geist des Gesetzes getroffen hat, als die ängstlichen geistlosen Wortthelden.[7]

Der Erfolg der Correalobligation kann sein, daß, während jeder berechtigt oder verpflichtet war, Einer allein erhält oder zahlt, die anderen leer oder frei ausgehen. Ist nun der Empfänger einem Anspruch der anderen Correalgläubiger unterworfen, kann der Zahlende pro rata seinen Regreß gegen die anderen Schuldner nehmen?

Solche Ansprüche sind möglich, aber sie setzen ein besonderes obligatorisches Verhältniß unter den Correi voraus, das sie begründet. Aus der bloßen Existenz der Correalobligation gehen sie nicht hervor. Ein solches obligatorisches Verhältniß kann sein Societät, Mandat, ferner daß der Zahlende nicht der Hauptschuldner, sondern Intercedent ist, also negotia aliena gerirt. Dasselbe kann auch bei bloß solidarischen Obligationen eintreten, z. B. bei dem Mitvormund, der aus dem Versehen seines Genossen belangt wird. Eine allgemeine actio negotiorum gestorum utilis, wenigstens wenn sie durch Einen Vertrag[8] Correalschuldner geworden sind, hat man oft in der Praxis angenommen, allein ohne Grund. Dagegen hat der Zahlende allerdings ein Mittel, sich einen Regreß zu verschaffen, durch Cession der Klage des Gläubigers vor der Zahlung, was dieser nicht verweigern kann. Dann wird die Zahlung als Kauf der Forderung behandelt. Dieses Recht, [das beneficium cedendarum actionum]

---

7) (Diese allzu heftige Polemik gegen die Beschränkung der Nov. 99. auf wechselseitige Verbürgung der Correalschuldner dürfte aus folgenden Gründen zu ermäßigen sein: 1) Es ist nicht richtig, wenn der Verf. annimmt, daß wechselseitige Verbürgung „nichts anderes als ein nur nicht juristisch technischer Ausdruck für die Uebernahme einer Correalschuld" sei, sie kann vielmehr ohne und neben einer solchen vorkommen. Vgl. L. 11. pr. D. de duob. reis (45, 2). 2) Im ersten Fall haftet Jeder als Hauptschuldner nur theilweise, wird er daneben als Bürge für den anderen Theil in Anspruch genommen, so schützt ihn die exceptio excussionis aus Nov. 4. Im zweiten Fall haftet er schon als Hauptschuldner auf das Ganze, die Nov. 4. konnte ihm daher nicht helfen. Justinian dehnt sie auch auf diesen Fall aus, insofern er durch seine Vorschrift dem Beklagten die Möglichkeit giebt, seine Verbindlichkeit theilweise auf die anwesenden und solventen Mitschuldner abzuwälzen. Das Gesetz ist also nichts als eine unbedeutende Erweiterung des beneficium excussionis, so stellt es Justinian selbst dar, eben so ist es schon von seinen Zeitgenossen (Julian. Epit. Nov. 92. c. 348) verstanden worden, während die von der gemeinen Meinung angenommene gänzliche Reform der Correalobligation nicht einmal angedeutet ist. A. d. H.)

8) (Sic, nicht „durch einen Vertrag" wie Parbs a. a. O. S. 75. verschlimmbessert. A. d. H.)

steht auch den bloß solidarisch Verpflichteten zu, nur nicht denjenigen, welche es aus einem Delict sind.

Schutz der Obligatio.

§. 236.

Siehe das Lehrbuch.

Klaglose Obligationen.

§. 237.

Eine Obligatio in voller Wirkung ist es, wenn dem Gläubiger eine Klage zur Geltendmachung zu Gebote steht, eine gerichtliche Forderung, actio. Nun kann diese Klage für sich verloren gehen, ist darum die Obligatio selbst zerstört? Dies ist zu verneinen, wenn der Verlust auf die Klage sich beschränkt, es läßt sich noch immer eine Geltendmachung denken, z. B. der Schuldner hätte gezahlt und wollte das Gezahlte als Nichtschuld zurücknehmen; kann er behaupten, er sei nicht Schuldner gewesen, bloß weil der Gläubiger keine Klage mehr hatte? Gewiß nicht. Auf den Verlust der Klage kann er sich nicht berufen, da der Gläubiger die Forderung nicht durch Klage geltend macht. Eben so läßt sich denken, daß eine Obligatio gleich am Anfang als klaglose entsteht, ohne daß darum die Obligatio selbst nichtig ist.

Es giebt also klaglose Obligationen; sie heißen naturales obligationes. Wie erklärt sich dieser Name?

Die Obligationen des römischen Rechts werden zum Theil aus dem Jus Civile, zum Theil aus dem Jus Gentium (ius naturale in diesem Sinne) abgeleitet.

Wenn das Jus Civile einem Umstand obligatorische Wirkung beilegt, so hat der Gläubiger stets eine Klage, civilis actio, die civiles obligationes sind stets klagbare. Nur ist dadurch natürlich die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß die Klage durch eine Exceptio unwirksam gemacht werden kann. — Diesen civiles obligationes gesellen sich die Obligationen zu, welche zwar aus dem Jus Gentium abgeleitet werden, aber zugleich von dem Jus Civile aufgenommen sind, z. B. Kauf, Darlehen ꝛc. Auch diese sind civiles mit civiles actiones.

Die Gründe dagegen, welchen bloß das allgemeine Recht, das Jus Gentium und seine aequitas, obligatorische Wirkung zuerkennt, z. B. Verträge überhaupt ohne civilrechtliche Form, Rechtsgeschäfte unter Personen, denen das Jus Civile nicht die Fähigkeit sich zu obligiren zuerkennt, wohl aber das Jus Gentium, haben nicht immer jene volle Wirkung. Zwei Klassen giebt es:

1) Obligationen, welche durch die magistratischen Edicte klagbar gemacht worden sind, obligationes honorariae, praetoriae.

2) Klaglose Obligationen, obligationes tantum naturales. In diese Klasse treten auch die klagbaren, wenn die Klage verloren gegangen ist, ohne daß die Obligatio selbst aufgehoben ist.

Daraus erklärt sich folgender Sprachgebrauch. Obligationes iuris gentium oder naturales heißen überhaupt alle auf das Jus Gentium ihrer Entstehung nach zurückzuführende, klagbare und klaglose. Für die letzteren wird aber der Ausdruck naturales obligationes im vorzüglichen Sinne gebraucht. Dieser letztere Gebrauch, der also eine geringere Wirkung anzeigt, ist namentlich für uns der allein praktisch bedeutende, da es kein unmittelbar praktisches Interesse mehr hat, ob die klagbaren Obligationen auf die eine oder die andere Quelle sich zurückführen lassen. — Naturaliter obligari also kann einen doppelten Sinn haben: 1) mit Rücksicht auf den Ursprung, wo der Ausdruck auch für eine klagbare Verpflichtung gebraucht sein kann, 2) mit Rücksicht auf die Wirkung, wo er eine Obligirung ohne Klage bedeutet.

Wirkungen der naturales obligationes:

1) Sie können die Grundlage anderer Rechte sein, die eine Obligatio voraussetzen: Pfandrecht, Bürgschaft, Constitutum, Novation.

2) Geltendmachung durch Exceptio, so exceptio doli als Retentionsrecht, ferner als Compensation.

3) Geltendmachung durch soluti retentio, Ausschließung der Zurückforderung als indebitum. Manche behaupten, dies sei die wesentliche Wirkung, weil sie bei allen naturales obligationes eintrete, während jene beiden Wirkungen (1. und 2.) nicht überall sich vorfänden. Dies ist unrichtig. Vielmehr steht die Sache so: diese Wirkung (3.) reicht über den Begriff der naturalis obligatio hinaus, und ist darum gerade nicht das Charakteristische. Es giebt Fälle, wo der Empfänger weder civilis noch naturalis cre-

ditor, der Geber überall nicht juristisch verpflichtet war, wo aber die Zurückforderung eine Unsittlichkeit wäre und deshalb wegfällt, z. B. eine Frau hat sich für verpflichtet gehalten, ihrem Manne eine Dos zu geben. Diese „pietatis causa“ hat hier dieselbe Wirkung, wie die naturalis obligatio, und wird auch wohl so genannt, aber in einem ganz anderen uneigentlichen Sinne. Dagegen bei allen wahren naturales obligationes und nur bei ihnen finden jene ersten beiden Wirkungen Statt.[1]

Die naturalis obligatio ist also eine in ihrer Wirkung unvollkommene Obligatio. Sie erhält ihr Dasein

1) durch eine unvollkommene Entstehung der Obligatio, so daß also gleich von Anfang nur eine naturalis obligatio existirt. Der Hauptfall war im römischen Recht die Entstehung durch pacta, dieser ist für das heutige Recht weggefallen;[2] dasselbe gilt von der Verpflichtung der Sklaven durch Rechtsgeschäfte. Fälle des geltenden Rechts sind noch Obligationen unter Personen, die durch väterliche Gewalt verbunden sind;[3] sodann die Obligatio des filiusfamilias aus einem Gelddarlehen contra S. C. Macedonianum.

Viele Juristen glauben, die Obligatio des Pupillen ohne den Vormund gehöre ebenfalls hierher. Diese Meinung beruht auf einer Verwechselung der verschiedenen Bedeutungen von naturalis obligatio.[4] Der Unmündige wird nicht ohne auctoritas

---

1) (Dieser, neuerdings öfter vorkommenden Auffassung (z. B. Erxleben, Die Condictiones sine causa Abth. I. (1850) S. 151. 152) hat v. Savigny, Obl. Recht Bd. I. S. 101 f. widersprochen und gewiß mit Recht. Der Beisatz naturalis enthält bei obligatio wie possessio die Verneinung 1) der juristischen, 2) der civilrechtlichen Natur dieser Verhältnisse. Im ersten Fall bleibt allerdings nur eine sittliche Verbindlichkeit, auf die eben deshalb keinerlei Rechtswirkung, auch nicht das solutum non repetere anzuwenden ist, z. B. bei Remuneration empfangener Geschenke oder Gefälligkeiten, vgl. L. 25. §. 11. de H. P. (5, 3), L. 54. §. 1. D. de furtis (47, 2). Im zweiten Fall dagegen ist eine rechtliche Verbindlichkeit anzunehmen, sollte sie auch nur in der vereinzelten Erscheinung des solutum non repetere zum Vorschein kommen, denn in der Verneinung des indebitum liegt nothwendig die Anerkennung eines debitum, welche eben durch Versagung der condictio zu einer rechtlichen wird. Vgl. L. 7. D. de fideiuss. (46, 1). Daß die Compensation bei der Dos und den operae officiales nicht anwendbar ist, hat nicht in dem Mangel einer Obligatio, sondern in der Unbestimmtheit ihres Umfangs seinen Grund. Ganz ebenso wird um anderer oder vereinzelter Wirkungen willen eine naturalis obligatio angenommen z. B. L. 59. pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1): remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. A. d. H.)

2) Vgl. §. 250 des Lehrbuchs.

3) Vgl. §. 438.

4) Vgl. Note h des Lehrbuchs.

tutoris obligirt (dasselbe gilt auch von einem Bevormundeten überhaupt ohne Consens des Vormundes), siehe oben §§. 50. 51. Dies ist ein Grundsatz des Jus Civile, aber ebenso auch der naturalis ratio gemäß. Eine Verpflichtung des Pupillen ist daher nicht einmal der naturalis aequitas gemäß. Daher ist weder eine civilis noch naturalis obligatio anzunehmen. Anders gestaltet sich die Sache, insofern er durch das Geschäft bereichert wird; nach der civilis ratio hat dies keinen Einfluß, aber der naturalis aequitas ist es gemäß, daß er insoweit verpflichtet werde, damit er sich nicht zum Schaden des Anderen bereichere. Also soweit entsteht eine naturalis obligatio. Hier aber ist es nicht bloß eine klaglose Obligation, sondern es wird eine Klage gegen den Pupillen gegeben, in quantum locupletior factus est. Naturaliter obligatus hat also hier nicht den Sinn einer klaglosen Obligatio. Das Resultat ist: ohne Bereicherung entsteht gar keine Obligatio, weder civilis noch naturalis, mit Bereicherung eine Obligatio, aber eine klagbare. Es giebt also keinen Fall, wo seine Obligatio eine naturalis obligatio in unserem Sinne wäre. Die Stellen, welche man von einer Obligatio ohne Bereicherung hat verstehen wollen, handeln nur von Fällen, wo dieses Factum nicht erst bewiesen zu werden braucht, weil es ohnehin durch einen sonstigen Umstand als constatirt erscheint. (Siehe das Nähere in Note h des Lehrbuchs).[5]

2) Durch eine unvollkommene Aufhebung, indem nur die Klage, der civile Theil der Forderung zerstört wird, naturalis obligatio manet. Das römische Recht enthält verschiedene Fälle, welche unanwendbar geworden sind, z. B. capitis deminutio

---

5) (Dieser Ausweg ist unstatthaft, weil der Bürge auch da obligirt ist, wo von einer Bereicherung des Pupillen nicht die Rede sein kann, z. B. bei dem Compromiß, vgl. L. 35. D. de recept. (4, 8), L. 127. D. de V. O. (45, 1). Aber auch der Annahme eines Widerspruchs unter den römischen Juristen (Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 2. S. 279, v. Savigny, Obl. Recht Bd. I. S. 61 f.) bedarf es nicht, wenn man nur die verschiedenen Beziehungen unterscheidet, in welchen die naturalis obligatio verneint oder bejaht wird. 1) Der nicht bereicherte Pupill selbst ist so wenig obligirt, daß er das irrig Gezahlte condiciren kann. Vgl. L. 41. D. de cond. ind. (12, 6), nicht entgegen: L. 25. §. 1. D. quando dies (36, 2). Es gilt daher auch keine Compensation, (die Gegenleistung bei zweiseitigen bonae fidei Geschäften: L. 3. §. 4. D. de neg. gest. (3, 5), L. 7. §. 1. D. de resc. vend. (18, 5) fällt unter einen anderen Gesichtspunkt). 2) Der Bürge dagegen ist verpflichtet, vgl. L. 127. D. de V. O. (45, 1), L. 42. pr. D. de iureiur. (12, 2). (Die L. 25. D. de fideiuss. (46, 1) gehört nach der Inscription nicht hierher sondern zur in integrum restitutio). Der Grund dieser Unterscheidung leuchtet ein: es gilt zu verhüten, daß der Pupill selbst nicht ärmer werde. A. d. H.)

minima, welche in der That schon nach neuerem römischen Recht nicht mehr diese Wirkung hatte, ferner Proceßverjährung. Die noch jetzt geltenden sind im Lehrbuch genannt: Klagverjährung, Competenz.

Zum Schluß eine Bemerkung über die Geschichte der Theorie.

Die richtige Ansicht nimmt ihren Ausgang von dem Gegensatz im römischen Recht zwischen Jus Civile und Jus Gentium. Dies ist der historische Anknüpfungspunkt.

Die früheren unrichtigen Auffassungen haben ihren Grund in der Nichtkenntniß dieses Moments. Es sind besonders zwei Ansichten zu bemerken, die im vorigen und am Anfang des gegegenwärtigen Jahrhunderts herrschend waren.[6]

Nach der einen, älteren, wird der Begriff der naturalis obligatio auf die natürliche Billigkeit, also auf ein moralisches, nicht juristisches Element zurückgeführt. Dies war ein Mißverständniß des Wortes naturalis aequitas. Obligationes naturales sind hienach die aus der natürlichen Billigkeit entsprungenen, also zunächst bloß moralische Pflichten; diese sind entweder auf diesem Standpunkte stehen geblieben, inefficaces, oder sie haben eine rechtliche Wirkung erhalten, aber eine beschränkte, efficaces, naturales obligationes im eigentlichen Sinne. [Diese Theorie ist deshalb unrichtig, weil sie sich von vorn herein auf den moralischen Standpunkt stellt, statt auf den juristischen. Man ist in neuerer Zeit durch die soluti retentio wieder darauf zurückgerathen. In diesen Irrthum ist Christiansen verfallen: Lehre von der naturalis obligatio und der condictio indebiti. 1844. (siehe Note d des Lehrbuchs).]

Die andere unrichtige Auffassung ist am Ende des vorigen Jahrhunderts aufgestellt worden von Weber und ist längere Zeit die herrschende gewesen, (wie auch das Werk von Weber lange zu den classischen gezählt worden ist, obwohl es weder von Seiten der historischen Kenntniß des römischen Rechts, noch der Einsicht in den Geist desselben die Bewunderung verdient, welche manche ihm gezollt haben). Sie führte den Begriff der naturalis obligatio auf das Naturrecht zurück, welches damals die Gemüther erfüllte. Es war eine Modesache, dieses Naturrecht überall einzumischen.

---

6) Vergl. die Literatur in Note d des Lehrbuchs.

Naturales obligationes waren die aus dem Naturrecht entspringenden. Diese sollten auch im positiven Recht wirksam sein, so weit nicht eine Ausnahme einträte. Drei Fälle wurden unterschieden: efficaces, restrictae, reprobatae. Im eigentlichen Sinne hießen naturales obligationes die restrictae (ein wunderlicher Einfall, weil die Naturrechtsobligationen eigentlich und regelmäßig volle Wirkung haben, hat man die vorzugsweise so genannt, welche keine volle Wirkung haben). Die Theorie ist historisch falsch, denn die Römer kannten das Naturrecht nicht, von dem dieselbe ausgeht, aber auch praktisch unrichtig, denn kein Recht geht von dem Naturrecht aus. Die Behauptung, das Naturrecht müsse gültig sein, ist eine bloße bodenlose Anmaßung der damaligen Naturrechtsgelehrten.

Das aber ist an diesen Theorien anzuerkennen, daß sie darauf ausgehen, den Gegensatz als einen praktischen zu begreifen, obwohl es ihnen nicht gelungen ist. Wenn sich dagegen Neuere gewöhnlich damit begnügt haben, ihn auf den historischen Gegensatz von Jus Civile und Jus Gentium zurückzuführen, so ist dies zwar eine historische Wahrheit, aber keine praktische, und man müßte den ganzen Unterschied als unpraktisch verwerfen, da er für die Gegenwart keinen Sinn hat. (Ich will damit nicht der rein historischen Schule einen Vorwurf machen, denn das Stehenbleiben bei jenem Gegensatze ist ebenso bei Nichthistorikern zu finden. Ueberhaupt darf man nicht vergessen, daß man die exclusiv historische und die exclusiv praktische Richtung vermeiden kann, ohne darum die Wahrheit zu treffen. Es giebt außer diesen beiden Mängeln noch einen dritten, der nicht der geringste ist, nämlich weder historisch, noch praktisch zu sein).

Jener Ursprung des Gegensatzes von klagbaren und klaglosen Obligationen ist nur der erste, historische Grund der unvollkommenen Wirkung dieser Obligationen. Es hat auch materielle Gründe, warum gewisse Obligationen nur die unvollkommene Wirkung haben. Diese materielle und praktische Seite des Gegensatzes ist: der Wirksamkeit mancher Obligationen stehen Gründe entgegen, z. B. wegen Formlosigkeit der Eingehung, oder Beschaffenheit der Personen, langer Versäumung der Ausübung. Sie reichen aber doch nicht so weit, die völlige Unwirksamkeit der Obligationen zu rechtfertigen. Nur das wird als Recht befunden, dem Gläubiger das vornehmste Mittel der Geltendmachung

zu entziehen, [die Klage, und dadurch entsteht die naturalis obligatio]. Diese materielle Grundlage der Unterscheidung hat eine von jener historischen nicht abhängige, sondern eine möglicherweise gegen sie selbstständige Bedeutung. Sie ist es denn auch, welche die Unterscheidung in unserem Recht erhalten hat, nachdem der ursprüngliche historische Anknüpfungspunkt aufgehört hat, einen Einfluß zu haben.

Ausübung der Obligatio.

§. 238.

Siehe das Lehrbuch.

Erfüllung der Obligatio.

Gegenstand.

§. 239.

Der Gegenstand der Erfüllung muß mit dem Gegenstand der Obligatio selbst in Qualität und Quantität übereinstimmen.

Was die Quantität anlangt, so braucht der Gläubiger nicht einen Theil anzunehmen, er kann das Ganze auf einmal verlangen. Dieser Grundsatz hat jedoch gewisse Modificationen:

1) Wenn der Schuldner die Forderung theilweise bestreitet, so wird ihm billig verstattet, den unbestrittenen Theil zu tilgen, und so die Klage auf den bestrittenen zu reduciren.[1]

2) Nach der Praxis wird der Schuldner zur Ratenzahlung gelassen, wenn eine unverschuldete Verarmung ihm allein diesen Weg der Tilgung offen läßt, ohne venditio bonorum.

So lange der eigentliche Gegenstand geleistet werden kann, kann der Schuldner den Gläubiger auch nicht zwingen, den Geldwerth anzunehmen. Im Fall der Weigerung des Schuldners entsteht die Frage, ob der Gläubiger einen unmittelbaren gerichtlichen Zwang [(im Gegensatze zu dem mittelbaren durch Condemnation in einen Geldwerth)] in Anspruch nehmen kann?

1) Nach dem ältesten römischen Recht fand ein auf specifische Herstellung gerichteter Zwang nur statt bei der Leistung

---

1) Vgl. L. 9. §. 1. D. de solut. (46, 3.)

öffentlicher Pflichten, durch pignoris capio oder multae, z. B. bei der Verpflichtung zur Herstellung von Wegen, Uebernahme einer Vormundschaft, Beerdigung. Bei eigentlichen Obligationen erfolgte immer nur eine Condemnation in das Interesse.

2) Schon zur Zeit der römischen Juristen, wenigstens der späteren war noch eine Ausnahme hinzugekommen bei arbitrariae actiones. Das Arbitrium auf Restitution oder Exhibition einer Sache konnte manu militari exequirt werden. In allen anderen Fällen blieb es bei der Regel.

3) Nach justinianischem Recht kann der Zwang theils durch unmittelbare Wegnahme der geschuldeten Sache, theils durch Strafen überall geschehen, mit Ausnahme der faciendi obligationes. Dort wird daher auf die ursprüngliche Leistung, hier in das Interesse condemnirt. Es hat sich also das Verhältniß von Regel und Ausnahme umgekehrt.

4) Nach heutigem Recht wird stets und ohne Ausnahme in die ursprüngliche Leistung condemnirt, wenn nicht die Obligatio selbst schon (durch Unmöglichkeit) in eine Interesseforderung übergegangen ist; auch die Obligatio auf ein Thun macht keine Ausnahme mehr. Die Execution kann bei diesen faciendi obligationes auf Antrag des Gläubigers durch richterliche Strafbefehle, Vollziehung derselben, und nach Umständen auch wohl Gefängniß geschehen; erst bei der Erfolglosigkeit dieser Mittel muß es zur Leistung des Interesse auch hier kommen. Natürlich kann der Gläubiger auch gleich von vorn herein auf dasselbe klagen.

Modificationen.

§. 240.

Siehe das Lehrbuch.

Zu Note c: Wenn Mehreren dieselbe Sache in solidum vermacht worden ist, so hat der, welcher prävenirt, die Wahl zwischen der Sache und der Aestimation, der Andere erhält das von jenem nicht gewählte.

Datio in solutum. Die vermöge Uebereinkunft zwischen Schuldner und Gläubiger, gehört nicht hierher. Diejenige, welche ein Recht des Schuldners ist, setzt voraus 1) daß der Gläubiger auf Zahlung dringt, 2) daß der Schuldner kein Geld schaffen kann, auch nicht durch Verkauf seiner Sachen, 3) daß der Schuldner

dem Gläubiger seine besten Sachen offerirt, also nach Wahl des Gläubigers, 4) gerichtliche Taxe, 5) Caution wegen Eviction.

Es ist streitig, wie es im Fall einer Eviction zu halten, ob der Gläubiger als Käufer zu betrachten sei. Die richtige Entscheidung ist: der Gläubiger hat die Wahl, er kann 1) als Käufer auftreten, 2) die Forderung als nicht getilgt betrachten, gerade wie wenn der Schuldner nummos alienos gegeben hätte. Beide Entscheidungen kommen im geschriebenen Recht vor[1]; es ist unrichtig, eine davon als ausschließliche zu betrachten, sie sind auf jene einfache Weise zu verbinden.

Das besondere Vorrecht der Kirche siehe im Lehrbuch.

Zeit.

§. 241.

Zwei Momente in dem Dasein einer Forderung sind zu unterscheiden: Entstehung des Rechts und Möglichkeit seiner Geltendmachung. Diese beiden Momente werden im römischen Recht mit dies obligationis cedit und dies obligationis venit bezeichnet. Beides kann zugleich eintreten, das zweite auch nach dem ersten, nicht das erste nach dem zweiten.

Ein Aufschub der Geltendmachung kann in der Beschaffenheit der Leistung selbst liegen durch Unmöglichkeit sofortiger Erfüllung. Nicht jedes Hinderniß der sofortigen Erfüllung aber bewirkt einen rechtlichen Aufschub; nur ein solches, das in dem Gegenstand und der Natur der Leistung selbst liegt, schiebt die Geltendmachung auf, so daß ein stillschweigender Termin anzunehmen ist, z. B. Verfertigung eines Opus, Nothwendigkeit einer Reise für die Leistung an einen anderen Ort: impedimentum naturale. Dagegen ist keine Rücksicht auf ein bloß subjectives Hinderniß — facultas dandi — zu nehmen, z. B. Versprechen einer Geldsumme, welche man sich erst zu verschaffen gedenkt, oder Versprechen einer Sache, welche an einem anderen Orte sich befindet, ohne daß der Gläubiger es weiß.

Abgesehen von einem impedimentum naturale fällt das diem cedere und venire zusammen. Dies kann verändert werden

---

1) Vgl. L. 24. pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 4. C. de evict. (8, 45), L. 46. D. de solut. (46, 3.)

durch Beifügung einer Erfüllungszeit. In der Regel ist eine solche zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt, daher frühere Erfüllung möglich. Doch kann sie auch zu Gunsten des Creditors gesetzt sein [und dann kann dieser nicht zu einer früheren Annahme gezwungen werden]. Wenn der Termin auf Aufkündigung von Seiten der Parteien gestellt ist (z. B. beim Darlehen), so ist im Zweifel anzunehmen, daß dies zu Gunsten beider Theile bestimmt ist.

Wenn der Termin in die Willkür des Schuldners gesetzt ist, so kann erst von den Erben gefordert werden. So wird entschieden bei Vermächtnissen, um sie aufrecht zu erhalten. Bei Stipulationen entscheiden die römischen Juristen, daß sie ungültig sind, wenn der Promittent nicht bei seinem Leben einen Termin bestimmt hat; manche behaupteten sogar, eine solche Stipulation sei schlechthin ungültig, weil der Sache nach hiernach die Existenz der Forderung von seiner Willkür abhängt. Diese Entscheidung ist aus dem Princip der wörtlichen Erklärung von stricti iuris obligationes abzuleiten. Daher ist heutzutage jene Enscheidung bei Legaten als eine allgemeine zu betrachten.

Wer eine Leistung früher erhält, als er sie hätte fordern können, hat einen Vortheil, welcher ihm unter Umständen angerechnet werden kann. Ebenso, wenn jemand später leistet, als er zu leisten hatte. Dieser Vortheil heißt commodum temporis. Er besteht in der Benutzung des Gegenstandes in der Zwischenzeit, bei Geldschulden in der Möglichkeit Zinsen zu beziehen, wenn die Schuld eine unverzinsliche ist, daher nennt man ihn hier interusurium.

Wenn der Schuldner mit dem Willen des Gläubigers eine unverzinsliche Schuld früher zahlt, so kann er ihm das Interusurium anrechnen, also dafür einen demselben entsprechenden Abzug machen.[1] Ebenso seine Gläubiger, wenn er in fraudem eorum einen Gläubiger auf diese Weise begünstigt hat; ein Verzicht des Schuldners nimmt ihnen dieses Recht nicht. Die Voraussetzung, daß die frühere Zahlung mit dem Willen des Gläubigers geschehen sei, glaubt man, habe eine Ausnahme, wo der

---

1) (Die Einwilligung des Gläubigers in die frühere Zahlung genügt nicht, da sie im Zweifel von der vollen Zahlung zu verstehen ist. Er muß auch noch in den Abzug für das Interusurium willigen. Daß ihm der Schuldner die frühere Zahlung aufnöthigen kann (L. 70. D. de solut. (46, 3.), L. 50. D. de O. et A. (44, 7) u. a.) steht nicht entgegen, es bezieht sich auf die Zahlung ohne Vergütung für das Interusurium. A. d. H.)

Schuldner das Recht habe, dem Gläubiger die frühere Zahlung aufzunöthigen mit dem Abzug des Interusurium. Die Stelle, worauf man sich beruft,[2] sagt: „Wenn der Mann nicht Caution leisten kann und daher die Dos vor dem dafür gesetzten Zahlungstermine restituiren will, so soll die Frau dies deducto commodo annehmen, um nicht um ihre Dos zu kommen.“ Sie wird zu ihrem Wohl vom Richter dazu genöthigt, der hier gleichsam Vormundsstelle vertritt, nicht durch ein Recht des Mannes, also des Schuldners.

Sind die Parteien nicht selbst über die Größe des Interusuriums übereingekommen, so ist der wirkliche Vortheil zu berechnen, den der Gläubiger durch die frühere Zahlung erhält.

Welches ist der wirkliche Vortheil? Es giebt darüber drei Ansichten:

1) Die Carpzovsche. Der Vortheil bestehe in den in der Zwischenzeit zu beziehenden Zinsen, also diese seien von dem Capital zu berechnen und abzuziehen z. B. 100, welche in einem Jahre zu zahlen sind, werden sogleich gezahlt; hier erhalte der Gläubiger bei einem Zinsfuß von 4% nur 96. Der Fehler dieser Berechnung ist, daß der Gläubiger nun nicht das Capital erhält, von welchem ihm die Zinsen angerechnet werden. Bei größeren Zeiträumen stellt sich daher ein absurdes Resultat heraus, z. B. in 25 Jahren.

2) Hoffmannsche Ansicht. Der Vortheil besteht in den von dem jetzt Bezahlten zu ziehenden Zinsen. Der Gläubiger erhält jetzt so viel, daß er mit Zurechnung der Zinsen davon am Termine das geschuldete Capital hat, z. B. wenn er 104 in einem Jahre zu fordern hat, so erhält er bei einem Zinsfuß von 4% jetzt 100.

3) Leibnitzsche Ansicht. Die Hoffmannsche Berechnung schlägt nicht allen Vortheil des Gläubigers an, nämlich nicht die Benutzung der Zinsen. Dem Anschlag steht nicht etwa das Verbot

---

2) L. 24. §. 2. D. soluto matrim. (24,3): Quoties mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui repraesentatur, sed si, quum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis (Hal. repraesentationis) eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur; nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem.

des Anatocismus entgegen, denn davon kann hier nicht die Rede sein. Weder ist der Ansatz derselben selbst ein Anatocismus, noch eine Aufforderung dazu an den Gläubiger. Der Gläubiger erhält also so viel, daß er mit Hinzurechnung der Benutzung des Capitals und der davon zu ziehenden Zinsen u. s. w. am Termine das geschuldete Capital hat.

Die Leibnitzsche ist die allein richtige Berechnung, man hat indessen gewöhnlich die Hoffmannsche in der Praxis vorziehen wollen. Vor allem hat man versucht, nachzuweisen, daß diese auch von den römischen Juristen befolgt sei.[3] Dies würde durchaus nicht entscheiden, wenn es schlechthin auf die Richtigkeit der Berechnung ankommt, und nicht etwa ein juristischer Grund eine Modification fordert.

Dieser Grund könnte eine billige Rücksicht auf den Gläubiger sein, der das Geschäft der Anlegung des Capitals und das Risico derselben hat. Diese Rücksicht hat man allerdings zuweilen außer Augen gesetzt, aber in Wahrheit wird sie zu nehmen sein, ohne eine unvollkommene Berechnung überall (auch für Fälle, wo jene Rücksicht nicht eintritt) gesetzlich vorzuschreiben.

Folgende Theorie wird allen Anforderungen entsprechen. Der Richter hat nicht etwa einen Vortheil ins Auge zu fassen, der in abstracto angenommen werden, sondern nur den, welchen der Gläubiger machen kann. Nur die Zinsen sind in Ansatz zu bringen, welche der Gläubiger durch Anlegung wird beziehen können, daher nur die dem factischen Zinsfuß entsprechenden, und in der fraglichen Zeit zu erwartenden. Unter dieser Voraussetzung aber muß auch alles in Anschlag kommen, was der Gläubiger zur Benutzung hat, also ist die Leibnitzsche Berechnungsart anzuwenden.

Modificationen.

Erzwungene Stundung und Moratorien.

§. 242.

Siehe das Lehrbuch.

Die Wirkung der Stundung, sowohl der freiwilligen, als der erzwungenen, ist bloß Suspension der Geltendmachung durch

3) Schrader, civ. Abhandl. (1816) II. 2. (Dieser Beweis ist jedoch keineswegs als erbracht anzusehen, vergl. Oettinger im Archiv für civ. Praxis

Klage, nicht der Obligatio selbst. Daher laufen die Zinsen fort, (nur natürlich nicht Verzugszinsen.) Ferner ist eine Geltendmachung durch Exceptio nicht ausgeschlossen, z. B. Compensation.

Bei der durch Abstimmung der Gläubiger herbeizuführenden Stundung entscheidet auch im Fall der Gleichheit die günstigere Meinung. Hypothekarische und chirographarische Gläubiger stehen hier einander gleich.

Mit den Moratorien ist öfters großer Mißbrauch getrieben worden, daher haben neuere Constitutionen in mehreren Ländern dem Regenten dieses Recht ganz entzogen. Da wo es noch besteht, ist streng an den Erfordernissen festzuhalten, ohne diese ist die Concession als erschlichen, daher als nichtig zu betrachten. Diese Erfordernisse sind: 1) unverschuldeter Vermögensverfall, 2) Ruin des Schuldners bei jetziger Zahlung und Wahrscheinlichkeit vollständiger Befriedigung ohne Ruin nach jener Frist, 3) Caution, daß den Gläubigern die jetzige Lage nicht verschlimmert wird. Dagegen ist die Einschränkung der Wirkung des Moratoriums auf die gegenwärtigen Gläubiger durchaus zu mißbilligen. Dies wäre nicht eine Beschränkung des Ertheilers, sondern eine widersinnige Gefährdung der gegenwärtigen Gläubiger, die gar nicht in der Natur der Sache liegt. Anders ist es bei der durch Verabredung bewilligten Stundung.

Cessio bonorum.

§. 243.

Cessio bonorum ist der Act, wodurch der Schuldner seinen Gläubigern seine Güter abtritt, damit sie sich durch Verkauf derselben befriedigen. Sie geschieht durch Insolvenzerklärung.

Die Wirkungen für die Gläubiger sind: sie erhalten die Detention der Güter mit dem Verkaufsrecht. Der Schuldner verliert nicht sofort das Eigenthum, sondern erst durch den wirklichen Verkauf. Mit Einem Wort, wenn mehrere Gläubiger existiren, so wird der Concurs eröffnet.

Bd. XXIX. (1846) Nr. 2. S. 44—50, welcher in L. 3. §. 2. D. ad L. Falc. (35, 2) eher die Leibnitz'sche Methode finden will, die er überhaupt als die mathematisch richtige anerkennt. In den übrigen Stellen setzt er die Carpzov'sche voraus, wobei er jedoch L. 88. §. 3. eod. in Betreff der Schätzungszeit mißversteht. A. d. H.)

Die Wirkungen für den Schuldner sind: 1) Die Geltendmachung der Forderungen durch Klage gegen ihn wird suspendirt. Die nicht befriedigten Gläubiger erhalten dieses Recht erst dann wieder, wenn der Schuldner von Neuem Vermögen erwirbt; 2) er entgeht dadurch der Personalexecution, 3) der Infamie oder sonstigen Strafen, welche auf den Bankerutt gesetzt sind; 4) er erwirbt für die Zukunft das beneficium competentiae, s. §. 245.

Diese günstigen Wirkungen hat die Cessio bonorum nur unter folgenden Voraussetzungen:

1) Die Abtretung der Güter muß vollständig sein. Der Schuldner hat nicht schon jetzt das beneficium competentiae, die Gläubiger können ihn zum Manifestationseid anhalten. Dieser ist auch in der Novelle 135 vorgeschrieben, die unglossirt ist, aber auch ohnedies nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen, [auch spricht eine alte Praxis dafür]. Manche Juristen z. B. Mühlenbruch haben daraus ein besonderes beneficium eiurationis bonae copiae herleiten wollen. Ohne Grund, denn a) enthält die Novelle nichts davon, sondern spricht nur von dem Manifestationseide, b) auch wenn die Novelle ein solches Beneficium enthielte, so würde es für unser heutiges Recht, da die Novelle nicht glossirt ist, nicht gelten.

2) Der Schuldner muß ohne seine Schuld in Vermögensverfall gerathen sein. —

Häufig werden factisch die günstigen Wirkungen wegfallen, weil die dadurch zu vermeidenden Nachtheile für den Schuldner ohnehin nicht eintreten oder nicht von Belang sind. Dann ist die cessio bonorum, die man das beneficium miserabile genannt hat, überall kein Beneficium.

Beneficium Competentiae.

§. 244. 245.

Der Gegenstand der Verurtheilung bestimmt sich regelmäßig bloß durch den Betrag der Schuld, nicht durch das Vermögen des Schuldners, ob dieses zur Zahlung hinreichen wird. Die Insuffizienz des Vermögens ist nur ein factisches, nicht ein rechtliches Hinderniß der Forderung.

Diese Regel erleidet in gewissen Fällen eine Ausnahme, vermöge deren der Schuldner das Recht hat, zu fordern, nur in das, was er factisch zu leisten im Stande ist, condemnirt zu werden: condemnatio in quantum facere potest, sg. beneficium competentiae.

Dieses Beneficium enthält:

1) den Vortheil der Vermeidung persönlicher Execution: Wahrscheinlich war dies anfangs der einzige Inhalt des Beneficiums;

2) den Vortheil, daß dem Schuldner nicht einmal das ganze Vermögen abgenommen werden kann, also einen Anspruch auf nothdürftigen Lebensunterhalt, ne egeat. Diese Erweiterung ist durch eine günstigere Auslegung des in quantum facere potest entstanden. Anfangs galt diese Ausdehnung vielleicht nur für einzelne Fälle, nachher allgemein. So gewiß nach justinianischem Recht. Vgl. über die Irrthümer, zwei Beneficien anzunehmen, die Note a. des Lehrbuchs.

Zur Bestimmung dessen, was an der Condemnation zu kürzen ist, gehört 1) vollständige Einsicht in den Vermögensstand, den der Schuldner vorzulegen, und nöthigenfalls durch den Manifestationseid zu erhärten hat, 2) Anschlag der Bedürfnisse des Schuldners. Dieser Anschlag geschieht nach richterlichem Ermessen mit Rücksicht auf den Stand, und die Familie, welche der Schuldner erhalten muß. Immer aber muß der Richter nur die äußerste Nothdurft im Auge behalten, billig müssen auch die Kräfte des Schuldners als Erhaltungsmittel in Anschlag kommen. Praxis und particuläre Gesetzgebung haben sich hier oft der größten Ungerechtigkeit schuldig gemacht.

Die Competenz bezieht sich ihrem Inhalte nach nur auf die Execution. Nur diese wird eingeschränkt, nicht die Obligatio selbst herabgesetzt; nur die Geltendmachung ist suspendirt, bis der Schuldner ad meliorem fortunam gelangt. Daher ist die Competenz nie Modification in Absicht auf den Gegenstand, sondern in Absicht auf die Zeit.

Das Beneficium steht nicht ipso iure zu, der Schuldner muß es vorschützen, (mit einer Exceptio gegen die Klage). Aber es ist durch die Condemnation in solidum noch nicht verloren, es kann auch gegen die actio iudicati, also in der Executionsinstanz noch vorgeschützt werden.

Die exceptio competentiae ist rein persönlich, weder dem Bürgen noch den Erben zuständig. Verzicht darauf ist unter Umständen contra bonos mores z. B. zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern.

Die einzelnen Fälle siehe §. 245. des Lehrbuchs.

Ort der Erfüllung.

§. 246.

Die Erfüllung muß an dem gehörigen Ort geschehen. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Bestimmter Erfüllungsort. Dieser giebt zugleich den Ort der Klage. Denn das Gericht verurtheilt den Beklagten zu zahlen, also an dem Ort des Gerichts. Die Klageanstellung an einem anderen Ort ist eine Pluspetitio. Diese Beschränkung könnte, ohne Modificationen, bedeutende Uebelstände haben. Es hat sich daher das Bedürfniß geltend gemacht, die Klage auch an einem anderen Orte statthaft zu machen. Dies ist nur so möglich, daß entweder dem Beklagten ihr zu Folge auferlegt wird, an dem rechten Ort zu zahlen, oder wenn er an dem Ort des Gerichts zu zahlen condemnirt wird, daß auf das Interesse Loci Rücksicht genommen wird, also die Condemnation auf mehr oder weniger, als die Schuld eigentlich beträgt, eintritt. Bei einer bonae fidei actio hatte dies keine Schwierigkeit, der Beklagte kann sich durch Caution an dem rechten Orte zu zahlen Absolution verschaffen, oder die Condemnation geschieht zugleich in das Interesse Loci, da der Richter hier nicht an ein bestimmtes Object gebunden ist. So steht die Sache überall nach heutigem Recht. Bei stricti iuris actiones lag jene Veränderung des Objects nicht in dem Amt des Richters. Hier half der Prätor durch eine actio arbitraria: de eo quod certo loco. Durch diese Klage war der Richter angewiesen, zuerst ein Arbitrium auf Zahlung am rechten Ort mit Caution zu fällen; wenn diesem nicht gehorcht, also eine hinlängliche Caution nicht gestellt wird, so erfolgt Condemnation mit Berücksichtigung des Interesse Loci.[1] Diese besondere Klage

1) (Der Verfasser scheint die Klage für eine arbiträre Restitutionsklage (§. 31. J. de act. 4, 6) zu halten. Dies ist schon deshalb unrichtig, weil auf Zahlung am rechten Ort nur ausnahmsweise gesprochen wird, z. B. wenn die Summe dort angeboten, deponirt oder leicht zu zahlen ist (L. 4. §. 1. D. de eo

ist mit ihrer Veranlassung [im heutigen Rechte] weggefallen, die materiellen Principien [des Interesse Loci aber] sind geblieben, [nur unabhängig von jener arbitraria actio: de eo quod certo loco].

2) Kein bestimmter Erfüllungsort. Dies ist in der Regel möglich, nur nicht wo der Ort zur wesentlichen Bestimmtheit der Leistung gehört, z. B. bei dem Versprechen, ein Haus zu bauen, wo es dem Promittenten beliebt. [Hier ist keine Obligatio entstanden.]

Wie dort der Ort der Erfüllung den Ort der Klage, so bestimmt hier der Ort der Klage den Ort der Erfüllung.[2] Aber dieser Satz ist nur anwendbar, wenn es zur Klage kommt. Wo kann der Schuldner ohne Klage leisten? Im geschriebenen Recht finden wir für diese Frage keine Entscheidung. Manche Juristen haben unterschieden: ist die Obligatio entstanden durch Uebergabe von Sachen, so ist der Ort des Empfanges auch der Ort der künftigen Klage, also das Domicilium des Schuldners Erfüllungsort. Diese Meinung hat durchaus keine innere Begründung für sich, es besteht kein wesentlicher Zusammenhang zwischen dem Ort der Entstehung und dem der Erfüllung, oder zwischen diesem und dem Domicilium.

Schon die Nichterwähnung der ganzen Frage in dem geschriebenen Recht deutet an, daß die wahre Entscheidung sehr einfach ist. Da über den Ort der Erfüllung nichts festgesetzt ist, so kann der Schuldner rechtlich da leisten, wo er natürlich, factisch dazu im Stande ist, folglich, da zur Zahlung die Anwesenheit des Gläubigers gehört, überhaupt da, wo er den Gläubiger trifft, nur opportuno loco. Eine Ausnahme ist nur zu

---

quod certo loco (13, 4). Die sogenannte actio de eo quod certo loco dare oportet ist vielmehr die condictio certi, triticaria oder incerti mit dem Zusatz eines freieren Schätzungsmodus (arbitrium liti aestimandae) in der Condemnatio (außer quanti res est etwa noch quantique arbitratu tuo utriusque interfuerit eam pecuniam (oder rem) Capuae potius quam Romae dari, tanti — condemna). Vgl. L. 8. 10 D. eod. (13, 4). A. d. H.)

2) (Die Meinung mancher Processualisten (Linde, Archiv für civ. Pr. Bd. VII. (1821) S. 61—63. 75., Abhandl. II. (1829) S. 118., Albrecht, über das Motiv des forum contractus (1845) S. 29— 32), daß gerade umgekehrt der Ort der Erfüllung den Ort der Klage bestimme, verkennt die Natur der exceptionellen Bestimmung über die Herbeischaffung individuell bestimmter Sachen (Note h des Lehrbuchs). Diese Vorschrift enthält aber eine Begünstigung des Schuldners, während der Erfüllungsort und Gerichtsstand ihn binden und beschränken soll, sie gestattet demnach keinen Schluß auf die letzteren. A. d. H.)

machen bei Schenkungen; hier ist es dem Verhältniß beider Parteien gemäß, daß der Erfüllungsort die Wohnung des Schenkers ist. Sonst kann der Schuldner so wenig fordern, daß der Gläubiger zu ihm, als der Gläubiger, daß der Schuldner zu ihm komme. Daher wird bei Zahlung an einen Entfernten der Schuldner das Porto zu tragen haben, in Ermangelung einer Verabredung.

Einfluß der Insolvenz des Schuldners.

§. 247.

Die Insolvenz des Schuldners, d. h. der Umstand, daß sein Vermögen nicht zur Befriedigung des Gläubigers hinreicht, hat an sich keinen anderen Einfluß, als den factischen, daß der Gläubiger seine Befriedigung nicht vollständig erhält, also ein Theil der Forderung ungetilgt stehen bleibt. Wenn es sich nur um einen einzigen Gläubiger handelt, so bleibt es stets bei diesem natürlichen Resultat.

Auch wenn mehrere Gläubiger eines insolventen Schuldners vorhanden sind, tritt nicht schon von selbst durch diesen Umstand eine Aenderung ein. An sich ist kein Gläubiger gehindert, seine Befriedigung unabhängig von den übrigen zu suchen, daher die Prävention gestattet ist. Es kann der Prävenirende seine Befriedigung vollständig erhalten, ein anderer leer ausgehen, dies ist an sich kein Unrecht. Jener hat nicht mehr erhalten, als ihm gebührt, sein Anspruch verringert sich nicht von selbst dadurch, daß der Schuldner noch andere Gläubiger hat, [er hat durch seine größere Vigilanz nur einen Nachtheil vermieden].

Anders und eigenthümlich gestaltet sich die Sache, wenn die Gläubiger eines insolventen Schuldners in das Verhältniß der Concurrenz[1] hinsichtlich ihrer Befriedigung aus seinen Gütern treten. Dieses Verhältniß heißt concursus creditorum, Concurs schlechthin. Die Wirkung ist im Allgemeinen, daß die Gläubiger ihre Befriedigung aus den Gütern des Schuldners nicht mehr abgesondert, sondern nur in Gemeinschaft suchen und erhalten können.

---

1) (Das Verhältniß hinsichtlich ihrer Befriedigung ist nicht Concurrenz, sondern Collision. Concurs der Gläubiger kann Veranlassung einer (subjectiven Klagen-) Concurrenz werden, an sich ist er davon verschieden. A. d. H.)

Man hat schon die bloße Thatsache der Insolvenz als eine Art von Concurs aufgefaßt, s. g. materieller Concurs. Dies ist ein falscher Begriff. Die Veranlassung gab, daß den Gläubigern gegen nachtheilige Verfügungen des Schuldners über sein Vermögen schon vor eröffnetem Concurse Rechtsmittel zustehen, namentlich die actio Pauliana, siehe unten §. 380. Dies gehört aber gar nicht hierher. Der Concurs entsteht erst durch einen besonderen Act, der ihn eröffnet, s. g. formeller Concurs; dies allein ist der wahre Concurs.

Nach römischem Recht wird der Concurs eröffnet durch cessio bonorum, oder durch missio in bona, worauf die Gläubiger gegen den verurtheilten oder pro damnato erachteten Schuldner antragen können. Ist ein Gläubiger mittirt, so gilt dies für die anderen mit, die sich innerhalb einer festgesetzten Zeit melden (nach justinianischem Recht binnen zwei oder vier Jahren, jenachdem sie in derselben Provinz sind, oder nicht).

Nach heutigem Recht entsteht der Concurs stets durch ein richterliches Decret, welches den Concurs für eröffnet erklärt (decretum de aperiundo concursu). Dieses Decret wird herbeigeführt entweder durch Insolvenzerklärung des Schuldners (cessio bonorum), oder durch Antrag der Gläubiger, auch Eines Gläubigers, wenn nur mehrere existiren. Der Schuldner ist zu vernehmen, der Richter entscheidet nach Ermessen bei sich ergebender Wahrscheinlichkeit der Insolvenz.

Die Theilnahme der Gläubiger an dem Concurs wird durch Edictalcitationen vermittelt, mit präclusiver Wirkung. Die nicht sich Meldenden verlieren nicht ihre Forderung, aber den Anspruch auf Befriedigung aus den Gütern des Schuldners, welche zum Concurs gezogen werden (Concursmasse), bis alle theilnehmenden Gläubiger befriedigt worden sind.

In Beziehung auf diese Nothwendigkeit der Theilnahme ist ein wichtiger Unterschied zwischen dem reinen römischen und dem heutigen gemeinen Recht. Nach römischem Recht treten in den Concurs nur die Forderungen als solche, also die Gläubiger, insofern sie ihre Befriedigung mit der persönlichen Klage suchen. Solche, die eine dingliche Klage haben und sich auf diese beschränken, concurriren nicht, also 1) die mit der rei vindicatio auftretenden, z. B. Deponenten, wenn sie sich auf die Vindication beschränken; 2) die hypothekarischen Gläubiger, wenn sie

bloß mit der actio hypothecaria aus ihrem Pfand ihre Befriedigung suchen (ähnlich das neueste preußische Recht).

Anders nach heutigem gemeinem Recht. Das Princip ist: alle Gläubiger, welche aus dem gegenwärtigen Vermögen des Schuldners ihre Befriedigung wollen, müssen an dem Concurs Theil nehmen. Dies gilt auch von den hypothekarischen Gläubigern, sofern ihr Pfand in dem Vermögen des Schuldners sich befindet. Ausgenommen sind daher nur:

1) Natürlich die, welche überhaupt nicht durch eine Klage gegen den Schuldner ihre Befriedigung suchen a) Pfandgläubiger, deren Pfand nicht in dem Eigenthum des Schuldners sich befindet, sofern sie sich darauf beschränken wollen, b) Gläubiger, welche einen Bürgen haben, und an diesen sich ausschließlich halten können und wollen.

2) Auch von denen, die gegen den Schuldner ihre Ansprüche erheben, sind einige von der Concurrenz mit den übrigen entbunden, sie unterliegen nicht der Nothwendigkeit, sich in den Concurs einzulassen. Man nennt diese Gläubiger Separatisten. Zu denselben gehören: a) die, welche mit der rei vindicatio auftreten, soweit sie lediglich auf Restitution in natura geht, s. g. Separatisten ex iure dominii. Diese suchen in soweit ihre Befriedigung nicht aus dem Vermögen des Schuldners, sie behaupten vielmehr, daß diese Sache nicht dazu gehöre. b) Die Massagläubiger, d. h. diejenigen, deren Schuldnerin die Concursmasse selbst ist, durch irgend ein obligatorisches Ereigniß, z. B. die, welche für nothwendige Verwendungen auf die Güter Geld vorgestreckt haben. Die Forderungen dieser mindern die Concursmasse selbst, so gut wie die Vindicationen. Dahin sind auch die Gerichtskosten aus dem Concursprozeß zu rechnen. c) Die Gläubiger, denen das Recht zusteht, einen Theil der Güter aus der Masse herauszuziehen, und (wenn es Mehrere sind) einen besonderen Concurs darüber zu formiren. Solche Fälle siehe unten §. 277 unter 5) (actio tributoria), und §. 509 (beneficium separationis). Die unter b) u. c) aufgeführten Gläubiger nennt man Separatisten ex iure crediti.

Wirkung des Concurses

1) Für den Schuldner, Cridarius. Er wird nicht befreit. Der Concurs ist keine Aufhebungsart obligatorischer Verbindlichkeiten, nur Befriedigung in Folge des Concurses hat diese Wir-

kung. Dieser Grundsatz gilt für die Theilnehmenden sowohl wie für die präcludirten Gläubiger. Man hat eine Stelle[2] so von einer Befreiung des Schuldners verstehen wollen; sie spricht aber nur von dem beneficium competentiae in Folge der cessio bonorum. Der Schuldner verliert ferner durch die Eröffnung des Concurses nicht das Eigenthum an den Gütern, aber (nach heutigem Recht) das Dispositionsrecht. Die Güterverwaltung wird einem curator bonorum, Massacurator, übergeben.

2) Für die Gläubiger entsteht eine Gemeinschaft hinsichtlich der Befriedigung aus der Masse, es ist keine abgesonderte Befriedigung unter ihnen mehr möglich. Jeder hat seine Klage anzubringen, und darüber (hinsichtlich der Richtigkeit und Stelle) mit dem Vertreter der Masse gegen die Ansprüche der einzelnen Gläubiger (im Interesse des Schuldners und der übrigen Gläubiger) zu verhandeln. Jener Vertreter der Masse heißt contradictor. — Durch die Verbindung dieser Ansprüche mit einander entsteht ein eigenthümliches Verfahren, [dessen Erörterung in die Lehre vom Proceß gehört]. Die Definitivsentenz, heißt das Locationsurtheil, es enthält die Entscheidung über die Existenz der Forderungen und ihre Ordnung [bei der Befriedigung; von diesem letzteren Bestandtheil hat sie ihren Namen]. Diese Ordnung führt auf die materielle Wirkung des Concurses, das Verhältniß der Forderungen in Beziehung auf die Befriedigung.

Die Regel in dieser Hinsicht ist Gleichheit der Forderungen, also Anspruch auf Befriedigung pro rata. Von dieser Regel giebt es Ausnahmen. Die Regel tritt aber überall wieder ein, wo sie nicht durch einen solchen Ausnahmsvorzug ausgeschlossen wird, also innerhalb der Ausnahmen selbst.

Ein solche Ausnahme wird hervorgebracht

1) durch die Verknüpfung einer Hypothek mit der Forderung hinsichtlich der Befriedigung aus dem Pfand, in der die hypothekarischen Gläubiger vermöge ihres Pfandrechts den chirographarischen vorgehen, so daß erst, was nach der Befriedigung von jenen übrig bleibt, ein Befriedigungsmittel für die chirographarischen ist.

---

2) Vgl. L. 25. §. 7. D. quae in fraudem cred. (42, 8.)

2) durch ein gesetzliches Vorzugsrecht, welches manchen Forderungen gegeben ist, privilegium exigendi;

3) durch eine gesetzliche Zurücksetzung mancher Forderungen gegen die übrigen.

§. 248.

Die Ordnung der Gläubiger ist, abstrahirt von den Separatisten, folgende:

1) An der Spitze Aller stehen die absolut privilegirten Gläubiger, [die ihre Befriedigung vor allen anderen begehren können]. Dieses Privilegium, welches darin besteht, daß es einen Vorzug nicht bloß vor anderen chirographarischen, sondern auch vor den hypothekarischen Gläubigern gewährt, ist durch die Praxis eingeführt, siehe die Fälle §. 248 des Lehrbuchs am Ende. Im römischen Recht war ein solches Privilegium undenkbar, weil die Pfandgläubiger als solche gar nicht am Concurs Theil nahmen; erst durch das neuere Recht ist es möglich geworden. Man hat es früher durch das römische Recht begründen wollen, aber nur durch eine offenbar falsche Interpretation von Stellen, welche nur das römische privilegium exigendi ausdrücken.[1]

2) Pfandgläubiger, nämlich in Beziehung auf den Theil der Concursmasse, der ihnen verpfändet ist, (hinsichtlich der ganzen Masse, wenn sie ein Pfandrecht an allen Gütern haben). Wenn mehreren ein Pfandrecht an demselben Gegenstand zusteht, so ordnen sich diese nach den Grundsätzen von der Priorität des Pfandrechts. Gleichstehende werden, wenn das Pfand nicht hinreicht, pro rata befriedigt. Diese Stelle kommt den Pfandgläubigern nur zu, insofern es sich von der Befriedigung aus dem Pfand handelt. Reicht dieses nicht hin, so fallen sie wegen des Restes unter die chirographarischen Gläubiger, und sind also eventuell unter diesen zu lociren, vorausgesetzt daß sie solche sind, also daß der Cridar ihr Schuldner ist [und nicht etwa seine Sache für eine fremde Schuld verpfändet hat] und die persönliche Klage nicht etwa verjährt ist.

3) Einfach privilegirte Gläubiger, welche ein privilegium exigendi des römischen Rechts haben, privilegium, quod inter personales actiones vertitur, im Gegensatz gegen das Pfand-

---

1) So z. B. durch L. 45. D. de relig. (11, 7).

privilegium. Der als chirographarischer privilegirte Gläubiger ist es nicht darum auch als Pfandgläubiger und umgekehrt. Die einzelnen Privilegien siehe im Lehrbuch.

Ob einem Pfandgläubiger sein Privilegium als chirographarischer Gläubiger von Nutzen ist, hängt davon ab, daß er in den Fall kommen kann, noch als chirographarischer aufzutreten. Die Voraussetzung ist, daß sein Pfand nicht hinreicht, und noch anderes Vermögen vorhanden ist. Daher ist das privilegium exigendi nie bei einem Pfandrecht an dem ganzen Vermögen von Nutzen; [denn wenn sein Pfand nicht ausreicht, ist auch Nichts mehr vorhanden, woraus er könnte befriedigt werden]. Etwas anderes ist es, wenn der Gläubiger ein absolutes Privilegium hat, dann ist ihm umgekehrt sein Pfandrecht nicht von Nutzen. Mehrere Gläubiger, welche unter den privilegirten aufgeführt werden, haben später noch ein gesetzliches Pfandrecht an allen Gütern erhalten. Dadurch ist das Privilegium absorbirt. Hierzu gehören: Fiscus, Dotalforderung der Frau, Ansprüche der Bevormundeten gegen den Vormund aus der Vormundschaft.

Wenn eine Collision unter den privilegirten Gläubigern eintritt, so kommt wieder die Regel zur Anwendung, daß alle Privilegirten unter sich gleich stehen, daher nur auf eine Befriedigung pro rata Anspruch haben (siehe §. 30 des Lehrbuchs). Diese Regel hat Ausnahmen:

a) durch den Vorzug gewisser Privilegien. Einen solchen haben nach römischem Recht die Begräbnißkosten (fällt weg wegen des absoluten Privilegiums), der Fiscus (fällt weg wegen des gesetzlichen Pfandrechts an allen Gütern). (Andere glauben, die respublica — städtische Commune — habe den Platz vor dem Fiscus, das Darlehen für die Ausrüstung eines Schiffes den folgenden; siehe über die Veranlassung dieses Irrthums Note v des Lehrbuchs.) Dagegen wird dem Fiscus gleichgestellt das Depositum.[2] Dieses bleibt also als der einzige Fall der vorzüglichen Privilegien übrig.

---

2) L. 7. §. 2. D. depositi (16, 3): Quoties foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. Et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

b) Durch das Nachstehen eines Privilegiums gegen alle übrigen. Dies ist der Fall mit dem des Depositum.[3] Wie ist dieser scheinbare Widerspruch [mit dem Vorigen] zu lösen? Denn da beide Stellen aus demselben Werke entnommen sind, ist kein wirklicher anzunehmen. Die gewöhnlichste Vereinigung ist, daß die erste Stelle bloß von der Vindication zu verstehen sei. Davon ist aber gar nicht die Rede, sondern offenbar von der persönlichen Klage. Einen anderen ungeschickten Versuch der Vereinigung beider Stellen haben manche gemacht, indem sie sich an das Wort depositarii gehalten haben und in der ersten Stelle den Fall voraussetzen, daß ein Depositar wieder weiter deponirt hat. Ein Vorzug dieses wäre aber ganz ohne Grund, und überdies ist die Interpretation unzulässig, denn depositarii sind hier die Deponenten, der ausschließliche Gebrauch des Ausdrucks für den Empfänger ist modern (siehe §. 3 derselben Stelle). — Die richtige Vereinigung ist diese: Beide Stellen handeln von dem Depositum von Geld, und setzen voraus, daß die Vindication nicht mehr offen steht, was eben bei diesem Gegenstand am leichtesten möglich ist. Sie setzen ferner diese Forderung dem Darlehen entgegen, welches keinen Vorzug genießt. Jenes Depositum soll immer ein Privilegium genießen, aber ein stärkeres oder schwächeres, jenachdem es sich mehr oder weniger vom Darlehen entfernt. Dem Darlehen am nächsten steht das depositum irregulare, auf Rückgabe derselben Quantität, es soll daher nur eben noch privilegirt sein, den anderen Privilegien aber nachstehen. Davon handelt cit. L. 24. D. de reb. auct. iud. (42, 5). Am weitesten davon entfernt sich das depositum regulare auf Rückgabe derselben Geldstücke. Hier hätte der Deponent vindiciren können, wenn die Geldstücke noch existirten, (eine Vindication, die der Jurist auch in jenem Fall giebt, wenn die Geldstücke zufällig noch vorhanden sind, aber nur als eine Singularität); nun, da sie nicht mehr vindicirt werden können, weil sie nicht mehr sich vorfinden oder ihre Identität nicht nachgewiesen werden kann, soll

---

3) L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. (42, 5): In bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud enim est credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.

der Gläubiger wenigstens die erste Stelle unter den privilegirten haben. Davon spricht cit. L. 7. D. depositi (16, 3).

4) Nicht privilegirte Gläubiger; diese treten sämmtlich pro rata ein.

5) Forderungen, welche allen anderen nachgesetzt sind:

a) Alle Ansprüche aus Verleihungen auf den Todesfall; sie haben die allerletzte Stelle im vollsten Sinne des Wortes, den Grund siehe im Lehrbuch.[4]

b) Strafforderungen gegenüber solchen Forderungen, durch welche nur eine Herstellung des Vermögens gesucht wird. Aber auch nur die Strafforderung steht allen anderen nach, daher bei actiones mixtae nicht der Schadenersatz. In mehreren Stellen, ja sogar in der Rubrik eines besonderen Codextitels: L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri (10, 7), wird dieser Grundsatz noch ausdrücklich auf die fiscalischen Strafforderungen angewendet, (was sich übrigens auch ohne besondere Bestimmung von selbst verstünde).[5] Dagegen spricht eine Stelle Papinians.[6] Man hat bis jetzt vergeblich versücht, diese Antinomie aufzulösen. Setzen wir ihre Existenz voraus, so müssen wir die Frage so entscheiden, wie wenn sie nicht entschieden wäre, also den Satz auf den Fiscus anwenden. So auch die Praxis. Damit stimmt in der That Papinian insofern überein, als er das Princip anerkennt; placuit heißt nämlich: es ist ein angenommener Satz. Nur, sagt er, darf man nicht mehr hineinlegen, als damit gesagt ist. Die Ungewißheit dieser Modification schließt die Bedeutung seiner Anerkennung nicht aus. Sie könnte so verstanden werden: er wird in Beziehung auf die Strafe wie ein Privatus behandelt, er steht nicht schlechter, als dieser, nämlich als der Privatus, welcher ebenfalls eine Strafforderung hat.

In der Praxis des gemeinen Rechts macht man gewöhnlich

---

4) (Dieser Satz gehört gar nicht hierher. Verleihungen auf den Todesfall sind bei Insolvenz des Verstorbenen wirkungslos und haben daher nicht die allerletzte, sondern gar keine Stelle im Concurse, im Fall der Solvenz stehen sie den Forderungen so wenig nach, daß sie sogar ein Pfandrecht haben. A. d. H.)

5) (Auf Conventionalstrafen dagegen ist der Grundsatz nicht anwendbar, da sie nur ein gewillkürter Ansatz des Interesse sind. A. d. H.)

6) L. 37. D. de iure fisci (49, 14): Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.

fünf Classen, um die Gläubiger zu ordnen. Diese fallen nicht ganz mit den obigen zusammen. No. 4 und 5 stellt man in Eine Classe zusammen, die fünfte, dagegen trennt man No. 2 in zwei Classen, die zweite und dritte, und unterscheidet: privilegirte und einfache Pfandgläubiger. Die letztere Unterscheidung ist nicht zweckmäßig.

Entstehung der Obligatio.

§. 249.

Siehe das Lehrbuch.

Verträge.

Form.

§. 250.

Die allgemeine Theorie von Verträgen ist schon oben im zweiten Buch bei den Rechtsgeschäften vorgetragen worden (siehe §. 54 ff.). Die auf Obligationen sich beziehenden sind theils obligatoria, wodurch eine Obligatio entstehen, theils liberatoria, wodurch eine solche — ganz oder theilweise — aufgehoben werden soll. Von jenen hier.

Die Schließung des Vertrages setzt die Uebereinstimmung der Willen voraus, sodann die Erklärung, die Einwilligung in den obligatorischen Vertrag, welche hier von der einen Seite Versprechen, Promission, von der anderen Annahme, Acceptation heißt. Der Acceptant muß derselbe sein, dem das Versprechen geschehen ist.

Auf die Erklärung des Willens bezieht sich die Form des Vertrags. Es kann eine Form für die Gültigkeit gesetzlich vorgeschrieben sein, ohne welche der Vertrag ungültig ist, z. B. gerichtliche Insinuation. Dies ist nach römischem Recht die seltene Ausnahme. Aber es giebt noch eine andere, viel wichtigere Classe von Geschäftsformen nach römischem Recht, von welchen nicht die Gültigkeit, aber die Klagbarkeit des Vertrages abhängt. Diese ist es, auf welche der im römischen Recht überaus wichtige Unterschied von contractus und pactum sich bezieht.

Ein Vertrag schlechtweg, conventio, bloßes pactum, eine Uebereinkunft, die nichts ist, als der irgendwie erklärte übereinstimmende Wille, ist nach römischem Recht nicht hinreichend, eine klagbare Obligatio zu constituiren, der bloße Vertrag ist keine

causa obligationis, es muß noch eine besondere causa civilis obligationis hinzukommen. Die Römer hielten überhaupt etwas auf feste, bestimmte, erkennbare Formen; es gehört mit zu dem Charakter ihres Jus Civile, daß es für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte bestimmte Formen vorschreibt. Noch lange nachher, nachdem die ausschließliche Macht des Jus Civile längst gebrochen war, wurde es für bedenklich gehalten, einem Kläger zur Begründung seiner Klage die Berufung auf einen formlosen Vertrag schlechthin zu gestatten, auch schon der Frage wegen, ob der Vertrag wirklich vollendet abgeschlossen worden ist, was bei dem Hinzutritt einer gewissen Form unzweifelhaft wird, während außerdem es leicht geschehen kann, mit dem wirklich abgeschlossenen Vertrag die bloße Vorbereitung und vorhergehende Verhandlung zu verwechseln.[1]

Die Uebereinkunft muß ein Contract werden, wenn sie klagbar werden soll. Dies kann auf vierfache Art geschehen:

1) Durch res, durch Leistung von einer Seite, die in der Absicht einer Gegenleistung gegeben und angenommen wird. Die auf diese Weise entstandenen Contracte nennt man Realcontracte. Die Uebereinkunft kann gehen a) auf Zurückgabe des Geleisteten, dies sind die ursprünglichen vier Fälle: mutuum, commodatum, depositum, pignus. Man nennt diese vier Contracte benannte Realcontracte, contractus nominati, aus welchen eine civilis actio mit einem bestimmten Namen entspringt; b) auf eine andere Leistung; für alle diese Contracte ist Eine Klage, die actio in factum praescriptis verbis gegeben, sie heißen unbenannte

1) (Die Ausführung im Text paßt bloß auf die Stipulation, die in der That als eine Bekräftigung des Pactum, dem sie subjicirt wird, angesehen werden kann, vgl. L. 10. §. 1. D. de pact. (2, 14), L. 71. pr. D. pro socio (17, 2), Paul. R. S. libr. II. tit. 22. §. 2. Die litterae dienen dagegen nur, eine ohnehin schon klagbare Obligatio zu beweisen oder umzuwandeln. Bei res und consensus endlich ist das Verhältniß geradezu umgekehrt: hier muß nicht die causa dem pactum, sondern das pactum einer causa, einem Geschäft als Nebenbestimmung (lex) adjicirt werden, um klagbar zu sein, vgl. L. 7. §. 2. 4. 5. D. de pact. (2, 14). Brinz, krit. Blätter Nr. 1. (1852) S. 20—34. Der Grund liegt in dem uralten Princip, daß ein Vertrag gültig wird, wenn er einer Vergabung des Seinigen als nähere Bestimmung (lex suae rei dicta) einverleibt wird. Daß man dies übersehen hat, kommt daher, weil man das alte Gesetz der zwölf Tafeln: uti legassit suae rei ita ius esto nach L. 120. D. de V. S. (50, 16), L. 14. D. qui test. (28, 1), Nov. 22. c. 2. pr. auf letztwillige Verfügungen zu beschränken pflegt, während es die römischen Juristen eben so wohl auf Vergabungen (ja sogar auf alle Geschäfte) unter Lebenden anwenden. Vgl. z. B. L. 8. C. de rer. perm. (4, 64), L. 10. C. de pact. (2, 3) = L. 1. C. de pact. conv. (5, 14), L. 20. §. 1. D. de pact. dot. (23, 4), L. 8. 15. D. praescr. verb. (19, 5), L. 16. §. 1. D. de manumissis vindicta (40, 2), L. 13. §. 4. D. de R. J. (50, 17). A. d. H.)

Realcontracte und man hat sie auf folgendes Schema zurückgeführt: do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des. Ueber den letzten Fall war Streit unter den römischen Juristen, manche verweigerten hier die actio praescriptis verbis.[2]

Es giebt Obligationen, welche auf res als ihren formellen Grund zurückgeführt werden, ohne daß ihnen ein Vertrag zu Grunde liegt, so die Obligationen auf Zurückgabe dessen, was ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen des Klägers bei dem Beklagten ist. Dies ist z. B. der Fall bei jenen unbenannten Contracten, so lange die Gegenleistung nicht erfolgt ist. Noch ehe es eine actio praescriptis verbis gab, war der Geber dadurch gesichert, daß er seine Leistung zurückfordern konnte, und zwar, weil sie der Andere ohne rechtlichen Grund hatte, mit der condictio causa data causa non secuta. Dieses Recht wurde ihm nicht durch die Einführung der actio praescriptis verbis entzogen, er sollte dadurch besser, nicht schlechter gestellt sein, als vorher.[3] Diesen Grund hat das ius poenitendi, das sich im römischen Recht bei diesen unbenannten Contracten findet.[4]

---

2) (Der Grund war, weil die legum dictio ursprünglich eine Vergabung (datio rei suae, dare, res) voraussetzte (Note 1). Dieser Grundsatz wurde allmälig gemildert durch Anerkennung jener Privatgesetzgebung a) neben der Tradition, vgl. L. 45. 48. D. de pactis (2, 14), (die man irrig auf ein ganz anderes Gesetz der zwölf Tafeln bezogen hat z. B. v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorlesungen Bd. 3. S. 249), L. 7. D. de R. C. (12, 1), b) neben einem anderen facere. Hier läugnete noch Paulus die Anwendung der actio praescriptis verbis, vgl. L. 5. §. 3. D. praescr. verb. (19, 5), später wurde eine utilis actio gegeben, vgl. L. 6. C. de transact. (2, 4) und schon L. 20. §. 3. D. de pact. dot. (23, 4), Elvers, neue Themis Bd. 1. S. 316, c) endlich neben bloßem consensus, aber nur in den vier Fällen Num. 4. im Text, vgl. L. 1. §. 2. D. de rer. perm. (19, 4). A. d. H.)

3) (Der Verfasser theilt das alte und neue Vorurtheil, daß die actio praescriptis verbis sehr späten Datums, wohl gar erst eine Erfindung Labeo's sei. Zu dieser Meinung paßt schon die übliche Bezeichnung civilis (Keller, der röm. Civilpr. (1852) §. 42. S. 181, v. Savigny, System Bd. V. S. 97) nicht, die auf einen älteren Ursprung, als den der prätorischen in factum actiones hindeutet, vgl. L. 7. §. 2. D. de pact. (2, 14). Durch die Anknüpfung an die alte legum dictio wird jene Meinung völlig ausgeschlossen. A. d. H.)

4) (Den Grund des ius poenitendi scheinen unsere Juristen noch nicht entdeckt zu haben. Der formale Grund liegt in der Natur jener Privatgesetzgebung, (Note 1) welche die einseitige Aufhebung einseitiger Bestimmungen zu gestatten schien. Dieser Satz wurde auf letztwillige Vergabungen angewendet (L. 22. D. de leg. III. (32. un.): Suprema voluntas potior habetur; nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat. L. 40. §. 1. D. de fid. lib. (40, 5): quia non sibi legem dixisset, sed legatario), aber auch auf Schenkungen und Geschäfte unter Lebenden (L. 7. §. 8. D. de don. int. V. et U. (24, 1): quia venditor sive donator non sibi vult legem imponi, nec potest, sed ei qui accepit). Bei letzten Willen gilt er noch, bei Schenkungen und Innominatcontracten haben sich nur einzelne Spuren erhalten. A. d. H.)

2) Durch verba, Einkleidung des Vertrages in gesprochene Worte. Der Hauptfall ist die Stipulation, bei welcher die verba in Frage (des Gläubigers, stipulator) und in Antwort (des Schuldners, promissor) zerfielen, welche einander entsprechen mußten, ohne daß übrigens bestimmte Worte vorgeschrieben waren. Diese Form, welche überall anwendbar war, wurde auch am häufigsten gebraucht, theils um eine Uebereinkunft klagbar zu machen, theils um eine bestehende Obligatio zu constatiren, eine erweisbare Anerkennung derselben von dem Schuldner zu erhalten. Für die Erhaltung des Gedächtnisses wurde gewöhnlich durch eine schriftliche Aufzeichnung, cautio, gesorgt.

3) Durch literae, schriftliche Conception, aber nur in einer gewissen Form, welche im justinianischen Recht nicht mehr vorkommt. Schuldscheine, cautiones, sind nicht causae obligationum, sondern nur Beweismittel.

4) Durch consensus. In einigen Fällen wurde es Bedürfniß, eine klagbare Obligatio schon aus der Uebereinkunft entstehen, also schon die conventio als contractus gelten zu lassen, Es sind vier Fälle: emtio venditio, locatio conductio, societas und mandatum.

Zu diesen vier Fällen nimmt man jetzt gewöhnlich noch den emphyteutischen Contract dazu, welchen die Römer zur locatio conductio rechneten.

Außerdem sind noch einige Pacta ausnahmsweise (ohne daß man sie für contractus erklärt hat) klagbar gemacht, theils durch Gesetze, theils durch das prätorische Edict, pacta legitima, praetoria, [früher nannte man sie pacta vestita im Gegensatze der pacta nuda]. Allgemein kann der Inhalt eines Pactums klagbar werden dadurch, daß es einem contractus angefügt, zu dem Inhalt desselben gemacht wird, so daß sich also die Contractsklage auf das pactum erstreckt, pactum adiectum; aber dies ist nur statthaft bei bonae fidei contractus.[5]

Diese Beschränkung der Klagbarkeit der Verträge ist im heutigen Recht weggefallen. Stipulation und Literalcontract finden

---

5) (Das Gegentheil beweisen die pacta adiecta bei Schenkung, Dosbestellung, Darlehen, Innominatcontracten, vgl. L. 40. (Lecta) D. de R. C. (12, 1), Cod. tit. de pactis conventis (5, 14), de donationibus quae sub modo (8, 55), und das allgemeine Recht der legum dictio (Note 1). Die für die Beschränkung im Text gewöhnlich angeführten Stellen z. B. L. 7. §. 5. D. de pact. (2, 14) enthalten sie nicht. A. d. H.)

keine Anwendung mehr. Die benannten Realcontracte kommen noch im heutigen Recht in dieser Form vor, aber nicht als ob res zur Klagbarkeit erforderlich wäre, sondern nur insofern als in dem Begriff dieser Verträge das Moment einer Leistung liegt: es ist res kein formelles, sondern ein materielles Erforderniß des Vertrags. Dagegen die Lehre von den unbenannten Contracten, welche rein auf der Nichtklagbarkeit der Pacta beruht, und ohne diese keinen Sinn hat, ist als gänzlich antiquirt zu betrachten. Die Consensualcontracte endlich bildeten in der römischen Contractstheorie die Ausnahme; heutzutage werden die allermeisten Verträge durch bloßen Consens geschlossen mit der Wirkung der Klagbarkeit.

Wie ist es gekommen, daß dieser wichtige Punkt des römischen Obligationenrechts keinen Eingang gefunden hat?

Man kann nicht sagen, daß der Gedanke, der jener Beschränkung der Klagbarkeit zu Grunde liegt, eine rein nationelle Eigenthümlichkeit war. Auch im ältesten deutschen Recht findet sich etwas Aehnliches: eidliche Abläugnung eines formlosen Vertrages. Bloß die Oberflächlichkeit moderner Juristen hat zuweilen die Formlosigkeit für etwas Vorzügliches gehalten. Sie führt nicht selten eine Unsicherheit über die Existenz des Vertrages überhaupt, und insonderheit seiner Perfection mit sich. Daher hat der gesunde Sinn des Volkes oftmals ein Gewohnheitsrecht hervorgebracht, wodurch in gewissen Kreisen diesem Mangel abgeholfen wird, durch eine abschließende Form z. B. bei der Miethe durch eine Drangabe, Angeld. — Noch unpassender ist es, sich zu Gunsten der Formlosigkeit auf die deutsche Ehrlichkeit zu berufen. Wenn die Redlichkeit darin besteht, sich über zweckmäßige Formen wegzusetzen, so verdient sie wohl eher den Namen der Rohheit und des Unverstandes.

Der Grund ist: jene Beschränkung setzt eine allgemein anwendbare Form voraus, durch die man eine Uebereinkunft in einen klagbaren Contract verwandeln kann. Dies war im römischen Recht die Stipulation. Dies war eine nationelle Form, welche sich nicht schlechthin rein auf andere Zeiten und Völker übertragen ließ. Man hätte eine andere angemessene, gleichpassende und bequeme substituiren müssen. Eine solche fand sich in dem Recht der neueren Völker nicht vor. Man hatte theils nicht die Einsicht, theils nicht die Kraft, eine solche zu schaffen. Daher

bildete sich von selbst die schon im Mittelalter geltende Ueberzeugung, jeder Vertrag mit irgendwie erklärtem Willen sei als Stipulation zu behandeln, wenigstens was die Klagbarkeit anlangt, und damit war jene Schranke aufgehoben, alle Pacta waren für klagbar erklärt.

Perfection.

§. 251.

Die Abschließung eines Vertrages ist gewöhnlich das Resultat mancher vorbereitenden Verhandlungen, welche zuletzt erst die Uebereinstimmung der Willen herbeiführen, dann kann die beiderseitige Erklärung und die Erklärung über alle Punkte eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. So lassen sich von dem ersten Gedanken an den Vertrag bis zum endlichen Abschluß, dem letzten Act, der den Vertrag erst zu Stande bringt, eine größere oder geringere Zahl von Vorbereitungsstufen unterscheiden. Diese können zum Theil den Schein haben, als seien sie der Schlußstein des Vertrages, während dies in der That nicht der Fall ist. Diese Ungewißheit ist besonders möglich, wo nicht eine bestimmte Form den Schlußact bildet. Daher tragen auch die römischen Juristen die Lehre von der Perfection vornehmlich bei den Consensualcontracten vor, namentlich dem Kaufcontract.

Den Begriff der Perfection siehe im Lehrbuch. Bei jedem einzelnen Vertrag unten wird zugleich anzugeben sein, welches die wesentlichen Punkte sind, was also zur Perfection gehört.

Zwei Classen von Verträgen lassen sich in dieser Hinsicht nach heutigem Recht unterscheiden:

1) Consensualverträge, welche nur die Einwilligung über die dem Vertrage wesentlichen Punkte zur Perfection fordern, sei es übrigens, daß die Erklärung in einer bestimmten Form (schriftlichen, gerichtlichen, vor Zeugen ꝛc.) vorgeschrieben ist, oder daß sie in jeder beliebigen Form geschehen kann, welches letztere die Regel ist. Ist eine bestimmte Form vorgeschrieben, so liegt erst in deren Beobachtung der Abschluß des Vertrages.

2) Realverträge, welche zur Perfection eine Leistung von einer Seite voraussetzen, vor derselben also nicht geschlossen sind. Dies sind die vier benannten Realcontracte. Alle anderen sind nach heutigem Recht Consensualverträge.

So haben also diese Begriffe auch noch für das heutige Recht Bedeutung, nur eine ausschließlich materielle, in Beziehung auf die Perfectionsfrage. Die andere Bedeutung, ihr Einfluß auf die Klagbarkeit, ist weggefallen, damit aber nicht auch jene, die davon unabhängig ist.

Die Uebereinkunft, ein Darlehen künftig zu geben, oder ein Commodat zu schließen rc., ist nach heutigem Recht klagbar, aber sie ist noch nicht der Vertrag, den wir mutuum, commodatum etc. nennen. Dieser wird erst durch wirkliche Ueberlieferung geschlossen. Zu ihm verhält sich jene Uebereinkunft als pactum de contrahendo. Es ist ein entschiedener Irrthum, wenn z. B. Heise beides vermischt hat, und daher z. B. das Darlehen unter die gegenseitigen Verträge rechnet. Dann dürfte man nicht mehr die römischen Rechtssätze darauf anwenden, es wäre ein ganz anderer Vertrag. Einige Praktiker sind nicht selten in den entgegengesetzten Fehler verfallen, und haben Consensualverträge, z. B. den Kauf, als Realverträge behandelt.

Alles, was der Perfection vorhergeht, ist unverbindlich, wenn nicht der wirkliche Abschluß erfolgt. Bis dieser geschehen ist, findet ein einseitiger Rücktritt statt. Dieser Grundsatz gilt vor allem natürlich von dem ersten Schritt zu einem Vertrage, der Proposition zu demselben, bestehe sie bloß in einem allgemeinen Erbieten, oder auch sofort in einem bestimmten Versprechen. Das Versprechen wird erst Vertrag durch Acceptation, bis dahin ist es widerruflich. Dies wird besonders wichtig bei Verträgen unter Entfernten.

Der Promittent durch einen Brief kann das Versprechen widerrufen, ehe der Andere es erhält und acceptirt. Nur wird eine gehörige Erklärung vorausgesetzt, d. h. durch einen zweiten Brief. Die Rücktrittserklärung muß in dieser Weise vor der Acceptation geschehen sein, dies ist unbestritten; aber muß sie auch dem Adressaten vor der Acceptation bekannt geworden sein? Man hat dies behauptet, aber ohne Grund. Denn die Acceptation ist ohne Wirkung, da sie ein schon revocirtes Versprechen betrifft, und die Revocation ist geschehen, wenn sie an den Adressaten geschehen, d. h. alles von Seiten des Widerrufenden Nöthige geschehen ist. Denn der Widerruf ist kein Vertrag, sondern eine einseitige Handlung, also ist keine Handlung von Seiten des Anderen dazu erforderlich [und deshalb auch nicht seine Kenntniß]. Jene Meinung, daß der Widerruf dem Adressaten bekannt

geworden sein müsse, würde seltsame Folgen haben, z. B. in dem Falle des mündlichen Widerrufs, den der Andere nicht hört, weil er gerade zerstreut ist, ferner des Widerrufs in der Nachschrift desselben Briefes.

Ein gegenseitiger Vertrag ist erst perfect, wenn beide Contrahenten verpflichtet sind. Wird er unter Entfernten geschlossen, so ist dies geschehen, sowie die Proposition des Einen mit Bestimmtheit geschehen, und von dem Adressaten angenommen worden ist. In der Proposition liegt das Versprechen der eigenen Leistung und die Acceptation des erwarteten gegenseitigen Versprechens, denn die Acceptation kann möglicherweise dem Versprechen vorhergehen, (so immer bei der römischen Stipulation, wo die Acceptation in der Frage lag); in der Acceptation des Adressaten liegt zugleich das Versprechen seiner Gegenleistung. In diesem Augenblick ist der Adressat gebunden, nicht erst wenn der Erste seine Acceptation erfährt, wie Hasse[1] geglaubt hat.

Das Versprechen kann aber nicht bloß durch Widerruf wegfallen, sondern auch von selbst, durch Nichterfolgen der Acceptation. Acceptation nach einer Zwischenzeit ist nicht schlechterdings ausgeschlossen, wohl aber wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung des Versprechens erfolgte, oder das Versprechen eine sofortige Annahme voraussetzte, also als stillschweigend zurückgenommen[2] zu betrachten ist.[3]

Auch die zweiseitigen Verhandlungen vor der Perfection sind noch nicht der Vertrag. Sie sind an sich vollkommen unverbindlich, und diese unverbindlichen Verhandlungen sind es, welche unter den „Tractaten" verstanden werden. Es ist aber denkbar, daß einzelne vorbereitende Punkte, worüber die Parteien einig geworden sind, durch besondere Verträge festgestellt und unwiderruflich gemacht werden: pacta praeparatoria. So gleich der erste Punkt, daß ein Vertrag abgeschlossen werden soll: pactum de contrahendo. Aus demselben entsteht eine Klage auf Erfüllung

---

1) Rhein. Museum Bd. II. S. 371 ff.

2) (Parbs a. a. O. S. 76 verschlimmbessert „zurückgewiesen"; von der stillschweigenden Ablehnung durch den Adressaten war aber unmittelbar vorher die Rede, während es sich hier um eine stillschweigende Selbstbeschränkung des Proponenten handelt. A. d. H.)

3) (Die neueren Gesetzgebungen enthalten über diese sehr bestrittenen Fragen nähere Bestimmungen, z. B. das preußische Landrecht Th. I. Tit. 5. §. 90. 96 ff. Koch, Recht der Forderungen nach gem. u. nach preuß. R. Bd. 2. (1840) S. 70 f. A. d. H.)

oder auf das Interesse. Nur muß diese Obligatio auch den allgemeinen Erfordernissen entsprechen, sie darf z. B. nicht einen völlig unbestimmten Gegenstand haben; so ist z. B. ein pactum de mutuo dando ohne irgendwie bestimmte Summe ganz ungültig.

Die Perfection des Vertrages hängt nicht bloß von der Einigkeit des Willens über alle wesentlichen Punkte des Vertrages ab, sondern auch von der Erklärung desselben, und wenn eine [bestimmte] Form als nothwendig vorgeschrieben ist, von der Beobachtung dieser Form.

Wenn der Vertrag in den wesentlichen Punkten seines Inhalts zu Stande gekommen ist, so kommt es vor, daß die Parteien ihn einstweilen schriftlich aufsetzen, aber noch die Hinzufügung einer solennen Form (z. B. gerichtliche Verlautbarung, Zeugen 2c.) vorbehalten. Jene einstweilige schriftliche Abfassung heißt Punctation. Ihre Bedeutung kann eine dreifache sein: 1) bloße Tractate, die nur dem Gedächtnisse erhalten werden sollen, 2) pactum de contrahendo (z. B. de contrahenda emtione), 3) Perfection des Vertrages selbst. Welche von diesen drei Bedeutungen anzunehmen ist, das wird vor Allem von der Bedeutung der Form abhängen, die noch hinzukommen soll.

Beruht die Form auf gesetzlicher Vorschrift, so wird der Vertrag erst mit ihr perfect, die Punctation kann also eine verbindliche Kraft nur haben als pactum de contrahendo. Ob nun ein solches möglich ist, das hängt von der Absicht jener Vorschrift ab. Geht diese auf Festsetzung des Inhalts unter der gesetzten Form, so ist dadurch die vorhergehende Verpflichtung zu einem Theile seines Inhalts ausgeschlossen, hier hat also die Punctation keine Wirkung. [So bei der gesetzlichen Vorschrift, daß gewisse Personen ihre Rechtsgeschäfte vor Gericht abschließen sollen.] Anders verhält es sich, wenn die Vorschrift eine Einwirkung auf den Inhalt nicht beabsichtigt, sondern nur die Sicherheit und Beweisfähigkeit des Geschäfts oder gewisse Wirkungen, z. B. gegenüber anderen Personen, feststellt. Hier ist ein pactum de contrahendo möglich, die Punctation daher auch in dubio als solches anzusehen, [d. h. wenn nicht die entgegengesetzte Intention der Parteien aus der Punctation selbst hervorgeht].

Beruht die Form auf dem Willen der Parteien [z. B. sie kommen überein, das Geschäft durch gerichtliche Abschließung zu befestigen], so kann die Intention die sein, daß vor derselben die

Verhandlungen bloße Tractate sein sollen; dies ist im Zweifel anzunehmen, wenn keine schriftliche Aufzeichnung geschehen ist,[4] es kann aber auch beabsichtigt sein, wenn eine Punctation abgefaßt worden ist. Hier aber kann es nicht wie dort als das zu Vermuthende angesehen werden. Vielmehr müssen wir hier der solennen Form in dubio die Absicht eines sicheren Beweises beilegen. Die Folge davon ist, daß die Punctation schon als Abschließung des Vertrages zu betrachten ist.

§. 252.

Versteigerung heißt die Proposition eines Vertrages an den, welcher die dem Proponenten vortheilhaftesten Bedingungen eingehen würde. Dies kann der Meistbietende sein, z. B. beim Verkauf, oder der Wenigstnehmende, z. B. beim Verding eines Opus, beim Kauf.

Es entsteht hier die Frage: ist bis zur definitiven Annahme eines bestimmten Contrahenten durch den Proponenten ein Geschäft vorhanden, oder tritt eine Verbindlichkeit irgend einer Art erst mit dieser Annahme ein?

Manche Juristen behaupten, bis zur bestimmten Annahme seien die Verhandlungen bloße Tractate. Dies ist unrichtig, und eine Verwechselung verschiedener Fälle. Andere dagegen haben behauptet, jene Proposition sei schon ein pactum de contrahendo, welches mit allen etwaigen Bietungslustigen geschlossen sei. Dieses Pactum wäre einmal ein Pactum mit ganz unbestimmten Personen, und erklärt überdies auch nicht alle wirklich recipirten Sätze.

Vor Allem sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1) die bloße Ankündigung, daß man ein Geschäft eingehen wolle, die Aufforderung an das betreffende Publicum. Dies hat gar keine Verbindlichkeit zur Folge, bis mit einem der Vertrag wirklich abgeschlossen worden ist. Auch wenn bestimmter sich jemand dahin erklärte, er werde dieses Geschäft mit den vortheilhaftesten Proponenten abschließen, so liegt auch darin noch kein verbindlicher Act. So wenn gar kein Termin gesetzt ist, aber auch wenn ein solcher Termin bestimmt ist, dieser jedoch nur die Absicht hat, die Anerbietungen zu beschleunigen. Für diese Fälle ist jene erste Ansicht, daß die Verhandlungen bis zur definitiven Annahme bloße Tractate sind, die richtige. Es entsteht keine Verbindlichkeit

4) Vgl. Note a des Lehrbuchs.

irgend einer Art, auch nicht ein pactum de contrahendo. Diese Fälle können aber nicht unter den Begriff der Versteigerung gebracht werden.

2) Proposition des Vertrages an den, der zu den besten Bedingungen sich erklären würde bis zu einer gewissen Zeit, d. h. bis zu einer genau bestimmten oder durch Arbitrium einer Person zu bestimmenden. Hier ist, bis ein Gebot geschehen ist, kein Geschäft geschlossen. Kein Bietungslustiger erhält ein Recht, ehe er ein Gebot schlägt. Daher kann der Proponent bis dahin seine Proposition zurückziehen. Durch ein Gebot wird das intentirte Geschäft selbst zwischen dem Bietenden und dem Proponenten abgeschlossen, aber mit der addictio in diem, d. h. der Resolutivbedingung, wenn sich innerhalb der gesetzten Zeit kein besserer Bietender finde; diese Bedingung gilt zum Vortheil beider Contrahenten. Erfolgt kein höheres Gebot, so sind beide gebunden.

Erfolgt ein höheres Gebot, so wird dadurch der Vertrag resolvirt, es hängt nicht von dem Willen allein des Proponenten ab, das bessere Gebot zuzulassen, (darin liegt der Unterschied von der gewöhnlichen addictio in diem, wo im Zweifel nur der Verkäufer berechtigt ist). Pendente conditione besteht das Geschäft, es kann keiner einseitig zurücktreten.

Bestärkung.

Eid.

§. 253.

Eid ist die Anrufung Gottes zur Betheurung der Wahrheit, entweder einer vergangenen Thatsache, assertorischer Eid, oder einer künftigen, der Erfüllung eines Versprechens, promissorischer Eid. [Nur von dem letzteren ist hier zu sprechen.] Die Erfordernisse eines gültigen Eides siehe im Kirchenrecht.[1]

Die Wirkung des promissorischen Eides besteht in einer Bestärkung der Verbindlichkeit, deren Erfüllung auf diese Art versprochen ist.

---

1) (Judicium in iurante, veritas in mente, iustitia in obiecto. Vgl. Richter, Lehrb. des kath. u. evang. Kirchenrechts (4. Aufl. 1853) §. 275. S. 598 ff., Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts der kath. u. ev. Religions-Parthei (1831—33) Bd. 2. S. 529 ff., Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts aller christl. Confessionen (11. Aufl. 1854), §. 353 ff. S. 620 ff., Mejer, Institut. des gem. deutsch. Kirchenrechts (1845) §. 109. S. 234 ff. A. d. H.)

Diese Bestärkung ist zunächst eine factische, abhängig von der Gewissenhaftigkeit des Promittenten. [Ebenso enthält auch das Versprechen auf Ehrenwort gar keine rechtliche Bestärkung, sondern nur eine factische.]

Eine rechtliche Bestärkung kann

1) darin liegen, daß die Verletzung des eidlichen Versprechens besondere nachtheilige Wirkungen hat. Dies kommt vor bei dem beschworenen Vergleich. Der Verletzer wird infam und verliert die Rechte daraus, vgl. §. 294;

2) darin, daß der Eid die sonstige Unvollkommenheit des Versprechens ergänzt, also ein unwirksames rechtlich wirksam macht. In dieser Beziehung enthält das römische Recht folgende Bestimmung. Wenn ein Minor das Geschäft mit einem Eid bekräftigt, so wird ihm die in integrum restitutio versagt, wenn er sie bloß seiner Minderjährigkeit wegen sucht, (also nicht noch besondere Gründe z. B. ein sehr betrügliches Verfahren des anderen Theils, hinzukommen). Das Gesuch wird als contra bonos mores verworfen: [gegen leichtsinnige Eide kann man nicht in integrum restituirt werden]. Die Wirksamkeit des Eides setzt jedoch ein ipso iure gültiges Geschäft voraus, sie tritt daher z. B. nicht ein, wenn der Pupill ohne auctoritas tutoris contrahirt hat. Nichtige Geschäfte werden durch den Eid nicht gültig, [wenn also der Minderjährige das ohne Consens des Vormundes abgeschlossene Geschäft auch beschwört, so bleibt es doch nichtig. Eine höhere Wirkung schreibt auch das römische Recht dem Eide nicht zu].

Ueber diesen Punkt war aber ein Streit zwischen den Glossatoren Bulgarus, welcher die richtige Ansicht, die auch die herrschende ist, hatte, und Martinus, der auch nichtige Geschäfte durch den Eid gültig werden ließ. Für letztere Meinung erging auch ein Gesetz Friedrichs I. die Authentica Sacramenta puberum.[2] In der That aber spricht das Gesetz, welches damals hart getadelt wurde, jenen Satz des Martinus gar nicht entschieden aus; was es entschieden enthält, ist nur eine Aus-

2) Auth. Sacramenta pub. tit. Cod. si adversus venditionem (2, 28): Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus.

dehnung des Satzes des römischen Rechts auf alle Anfechtbarkeiten; [von nichtigen Geschäften ist darin nicht die Rede].

Das canonische Recht stellt allerdings ein anderes Princip auf. Jeder gültige Eid soll unverbrüchlich sein und erfüllt werden, wenn er nicht von dem geistlichen Richter erlassen wird, auch die ungültigen sogar werden erst durch eine relaxatio iuramenti unverbindlich. Alle Eide sollen der Cognition der geistlichen Behörden vorbehalten sein. Darum spricht das canonische Recht die Regel aus: der Eid ist eine nova causa obligationis, rescissible und nichtige Verträge können dadurch gültig werden. Zugleich wird aber dem geistlichen Richter die nähere Beurtheilung der einzelnen Fälle vorbehalten, er soll erst über die Anwendbarkeit der Regel entscheiden. Damit fällt aber die Anwendbarkeit der ganzen Regel heutzutage weg, wo die geistliche Gerichtsbarkeit in Eidessachen aufgehört hat. Denn entweder müßte man die Regel schlechthin auf alle Fälle anwenden, oder dem weltlichen Richter jenes Ermessen überlassen. Beides wäre dem Inhalt des canonischen Rechts durchaus entgegen; [mithin kann hier von demselben kein Gebrauch gemacht werden und wir kehren zum römischen Rechte zurück].

Es bleibt also eine bekräftigende Wirkung des Eides auf nichtige Geschäfte nur in zwei Fällen, wo die Anwendbarkeit der Regel gesetzlich entschieden ist. [3]

Im Uebrigen ist die Wirkung des Eides nach dem Inhalt des Corpus iuris civilis zu bestimmen. Der Eid, seine Gültigkeit vorausgesetzt, schließt von der Anfechtung des Geschäfts aus, auf nichtige Geschäfte hat er keinen Einfluß. Dies muß auch von den Erben des Schwörenden gelten, eben weil es sich von einer Wirkung des Eides als Rechtsgeschäft handelt.

Seinem Inhalt nach ist der Eid durchaus accessorisch. Die durch ihn bestärkte Verbindlichkeit kann ebenso aufgehoben werden, wie jede andere; mit dieser Aufhebung ist auch der Eid aufgehoben, z. B. Compensation, Verwirkung des Gläubigers u. s. w. findet hier ebenso gut Anwendung.

---

3) Siehe Note d des Lehrbuchs. (Die gemeine Meinung behauptet die bekräftigende Wirkung für alle ungültigen Geschäfte, die nicht absolut verboten, unsittlich oder für die Rechte Dritter verletzend sind. Vgl. Warnkönig im Archiv für civ. Pr. Bd. XXV. (1842) S. 244 f. v. Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorl. (6. Aufl. 1851) Bd. I. §. 170. Seuffert, Prakt. Pand.-R. (3. Aufl. 1852) §. 93. Bd. 1. S. 125 f. Sie hat für sich, daß das Princip des canonischen Rechts bei seiner Allgemeinheit offenbar von der Cognition der geistlichen Behörde unabhängig ist. A. d. H.)

Arrha.

§. 254.

Siehe das Lehrbuch.

Man unterscheidet zwei Fälle: eine arrha pacto imperfecto data und eine arrha pacto perfecto data; die erste wird als Zeichen eines abzuschließenden, die zweite als Zeichen eines abgeschlossenen Vertrages gegeben.

In dem zweiten Fall ist sie ein Zeichen der Perfection, eine auf Privatwillen beruhende Form, um diese außer Zweifel zu setzen. An sich hat die Arrha nur diese Bedeutung. Aber es können sich noch folgende Intentionen damit verbinden:

1) kann sie die Natur einer Conventionalstrafe haben; dies ist der Fall, wenn der Vertrag zugleich mit der lex commissoria geschlossen ist. Der den Vertrag nicht rechtzeitig Erfüllende verliert, wenn der Andere ihn um diesen Preis entlassen will, das schon Geleistete, also namentlich die gegebene Arrha;

2) kann die Arrha die Natur eines Reugeldes haben, gegen dessen Verlust jede Partei von dem Vertrage zurücktreten kann. Hier heißt sie arrha poenitentialis, im Gegensatz der übrigen Fälle, wo sie arrha confirmatoria genannt wird.

Constitutum.

§. 255.

Ueber die Erfüllung einer bestehenden Obligatio kann eine Verabredung getroffen werden, welche schon im römischen Recht als bloßes Pactum klagbar ist. Sie ist ein pactum praetorium, die Klage daraus heißt actio constitutoria. Davon hat man den Vertrag selbst constitutum oder auch constitutum promissorium im Gegensatze des constitutum possessorium genannt.

Das Constitutum setzt eine bestehende Obligatio voraus; diese kann aber auch eine naturalis sein, so daß also im römischen Recht ein so genanntes pactum geminatum klagbar war. Die Bedingung für die Obligatio gilt daher auch für das Constitutum, und dieses geht nicht über den Betrag jener hinaus. Aber die Obligatio braucht nicht zwischen den beiden Paciscenten zu bestehen, 1) ein Anderer als der Schuldner kann constituiren, constitutum debiti alieni, im Gegensatz des constitutum debiti

proprii; 2) einem Anderen als dem Gläubiger kann constituirt werden.

Diese Obligatio wird durch das constitutum nicht aufgehoben, (es enthält keine Novation), die Obligatio besteht fort. Aber die Erfüllung des Constitutum gilt auch als Erfüllung jener Obligatio. Auch wenn der Gegenstand verwandelt worden ist, was geschehen kann, da ja aliud pro alio nach Uebereinkunft gezahlt werden kann. So kann auch statt des alternativen ein einfacher Gegenstand versprochen werden. Ebenso kann der Ort verändert werden, und die Zeit. In diesem letzteren Fall, welcher der gewöhnliche Inhalt des Constitutum ist, geht die actio constitutoria durch mora accipiendi verloren. Ferner: ist über die Zeit nichts verabredet, so setzt der Richter nach billigem Ermessen einen Termin, jedoch nicht unter 10 Tagen fest.

Das Constitutum ist in jedem Fall eine Bestärkung der Obligatio, eine mehr oder weniger wirsame Sicherung ihrer Erfüllung, durch die neue Klage, die es gewährt. Der materielle Nutzen des Constitutum kann liegen

1) in der Anerkennung der bestehenden Obligatio durch den Constituenten, insofern darin ein Geständniß der Thatsachen liegt, auf welche die Obligatio sich gründet. Nur geht ein Einwand gegen die Gültigkeit der Obligatio an sich nicht durch das Constitutum verloren, weil dieses eine bestehende Obligatio voraussetzt [und der Schuldner, indem er die Gültigkeit der Obligatio läugnet, auch die Gültigkeit des Constitutum bestreitet], siehe Note c. des Lehrbuchs. Und auch in Beziehung auf die Thatsachen steht dem Constituenten noch immer, selbst im Fall jenes Geständnisses, der Gegenbeweis offen;

2) in dem besonderen Inhalt, in Absicht auf Verwandlung des Gegenstandes, Ort und Zeit, z. B. das in diem Geschuldete wird pure constituirt;

3) in der Verpflichtung eines Anderen, wenn es constitutum debiti alieni ist;

4) in der Berechtigung eines Anderen: da der ursprüngliche Gläubiger unter Umständen verhindert sein kann, die Obligatio geltend zu machen, z. B. weil ihm eine erst später entstandene Exceptio entgegensteht z. B. die Einrede der Compensation;

5) endlich überhaupt darin, daß der Gläubiger eine Klage erhält, während die obligatio eine naturalis war, (hier war das

Constitutum besonders nach römischem Recht von Wichtigkeit, wegen Nichtklagbarkeit der Pacta), oder daß die damals allerdings bestehende Klage nachher unwirksam wurde.

Inhalt.

§. 256.

Zwei Punkte sind hier besonders zu erörtern.

1) Vertrag über eine Leistung an einen Dritten.

Die Schließung eines Vertrags, wonach nicht dem Contrahenten, sondern einem Dritten geleistet werden soll, ist vor allem so denkbar, daß nun auch nicht der Contrahent, sondern dieser Dritte die Forderung aus dem Vertrage erwerben soll. Der Gläubiger also soll die Leistung erhalten, nur hat er nicht selbst den Vertrag geschlossen. Dies setzt voraus, daß der Dritte durch den Vertrag des Handelnden unmittelbar die Forderung erwirbt (unmittelbar, ohne daß sie durch den Handelnden hindurchgeht). Dies ist bei nothwendigen Repräsentanten möglich, aber auch nur bei diesen, siehe unten.

Soll aber der Vertrag die Wirkung haben, daß der Handelnde Gläubiger wird, aber doch nicht ihm, sondern einem Dritten geleistet werden soll, so steht der Möglichkeit dieses Vertrags entgegen, daß das Erforderniß des Interesse bei dieser Forderung fehlt. Der, welcher Gläubiger werden könnte, hat kein Interesse, und der das Interesse hat, wird nicht Gläubiger. Also ist der Vertrag nichtig. Wenn jemand sich und einem Dritten stipulirt, so ließe sich eine doppelte Entscheidung denken a) die Erwähnung des Dritten einfach zu streichen, nach dem Grundsatz: utile per inutile non vitiatur; b) der Contrahent hat sich die Hälfte stipulirt und dies ist gültig, dem Dritten die andere Hälfte, dies ist ungültig und fällt weg. Justinian hat die zweite Ansicht recipirt.

Der Gültigkeit jenes Vertrags steht aber auch nur jener Mangel des Interesse entgegen. Wo der Acceptant des Versprechens ein Interesse hat, entsteht auch eine Forderung. Dies ist der Fall, wenn er durch den Dritten erwirbt (durch den Sohn in väterlicher Gewalt), wenn der Dritte es für Rechnung des Gläubigers empfängt, wie namentlich bei dem solutionis causa adiectus, wo dem Schuldner zu seiner Bequemlichkeit ein Em-

pfänger angewiesen wird, an den er sich seiner Schuld ebenso gut wie an den Gläubiger soll entledigen können, so ist zu verstehen mihi aut Titio; endlich wenn der Dritte eine Forderung gegen den Acceptanten hat, welche dadurch getilgt werden soll, oder der Acceptant ihm haften würde, wenn er es nicht erhielte. In allen diesen Fällen wird im Grunde in dem Dritten dem Gläubiger selbst geleistet [und unter dieser Voraussetzung ist der Vertrag über eine Leistung an Dritte vollkommen gültig].

Etwas anderes als das Geschäft, von dem jetzt die Rede, ist es, wenn die Leistung an den Dritten nicht der Gegenstand, sondern die Bedingung des Versprechens ist. Der Fall ist der: es verspricht mir jemand etwas unter der Bedingung, daß er dem Dritten nicht leisten würde. [Dies ist unter allen Umständen möglich.] Denn für die Bedingung besteht das Erforderniß des Interesse nicht.

2) Vertrag über die Leistung eines Dritten.

Durch das Versprechen der Handlung eines Dritten wird dieser nicht verpflichtet, aber auch nicht der Promittent, weil die Möglichkeit der Disposition fehlt. Die Obligatio ist ein Recht an einer Handlung des Schuldners, dies wäre hier nicht der Fall. Verspricht jemand aber, daß er oder ein Dritter etwas leisten wolle (me aut Titium), so verpflichtet er sich solidarisch. Verspricht jemand dagegen, daß er und ein Dritter etwas leisten wolle (me et Titium), so ist dieses Versprechen im Zweifel als Verpflichtung pro rata zu betrachten, und dies wird durch die Ungültigkeit des zweiten Theils des Versprechens nicht verändert.

Etwas anderes ist, wenn eine eigene Leistung versprochen worden ist, die sich nur auf die Handlung eines Dritten bezieht. Die fremde Handlung kann

a) der Gegenstand der Leistung sein, d. h. das Versprechen geht dahin: die fremde Handlung bewirken zu wollen. Dieses Versprechen kann einen doppelten Sinn haben α) Verpflichtung zu einer Thätigkeit ohne Haftung für den Erfolg, β) Haftung für den Erfolg, also Verpflichtung zum Interesse, wenn der Dritte die Handlung nicht vornehmen würde. So ist es in dem Fall, wenn der Procurator die Ratihabition seines Dominus verspricht. — Man behauptet häufig, heutzutage sei das Versprechen der Handlung eines Dritten immer so zu verstehen, also aufrecht zu erhalten. Als Grund führt man an, es sei die entgegenge-

setzte Entscheidung des römischen Rechts eine Folge der Natur der stricti iuris contractus, diese würden wörtlich interpretirt und daher sei das Versprechen ungültig, dagegen seien nach heutigem Recht alle Contracte als bonae fidei contractus zu behandeln. Diese Meinung ist so absolut genommen unrichtig; der wörtliche Ausdruck schadet allerdings nicht, auch nach römischem Recht nicht bei der Stipulation des Procurators dominum ratum habiturum und alium sisti,[1] sondern es ist die Intention der Parteien zu berücksichtigen. Aber eben darum tritt jene conservative Interpretation nur ein, wo die Parteien es so verstanden haben.

b) In dem zuletzt erwähnten Fall, bei der Haftung für die Vornahme einer Handlung, ist diese im Grunde Bedingung einer eigenen Leistung, sie ist gleich dem Versprechen des Interesse oder einer Strafe, wenn jenes nicht geschehen sollte. In dieser Art, als Bedingung, kann nun auch sonst die fremde Handlung in der Obligatio wirksam werden.

§. 257.

Jeder Vertrag, durch den eine Obligatio entstehen soll, muß eine materielle Grundlage haben, causa im materiellen Sinn (unterschieden von der causa als Form). Diese materielle causa besteht in dem rechtlichen Grund und Zweck, für den die Verpflichtung das Mittel ist.

Dieser materielle Grund kann sein:

1) Ausübung einer Liberalität, namentlich Schenkung. Ein vertragsmäßiges Versprechen ist wirksam, wenn ihm der animus donandi zu Grunde liegt, oder wenn auch nicht die eigentliche Schenkungsabsicht, doch die einer Liberalität.

2) Vergeltung für einen Zugang zu seinem Vermögen, der entweder schon geschehen ist, oder geschehen soll, oder endlich durch den Vertrag selbst zugleich geschieht. Dahin gehören die meisten der Vertragsobligationen, welche einen bestimmten Namen haben. Vor allem alle gegenseitigen Verträge, aber auch die

1) Vgl. L. 81. pr. D. de V. O. (45,1): Quoties quis alium sisti promittit, nec adiicit poenam, puta vel servum suum, vel hominem liberum, quaeritur an committatur stipulatio? Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit, poenam dari, in id quanti interest sisti contineri. Et verum est, quod Celsus ait, nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet.

einseitigen des Darlehens, des Pignus 2c. Der Zugang kann auch in der Aufhebung einer bisherigen Obligatio bestehen, z. B. beim Vergleich, Novation.

3) Vergeltung, welche den Charakter einer Strafe hat, so bei der Conventionalstrafe.

4) Erfüllung einer bestehenden Obligatio, die durch den Vertrag versprochen wird, so das Constitutum.

Wenn nun ein formell gültiger Vertrag geschlossen wird, ohne daß ihm eine solche causa debendi zu Grunde liegt, so kann

1) auf Aufhebung desselben mit der condictio sine causa geklagt werden,

2) der Promittent hat eine Einrede gegen die Klage,

3) ein Schuldschein, der bloß das Bekenntniß der Schuld ohne Angabe der causa obligationis enthält (s. g. cautio indiscreta), hat keine beweisende Kraft.[1]

§. 258.

Verträge können das Resultat der Bereicherung des Einen, des Aermerwerden des Anderen haben, so daß dieses ihre unwillkührliche Folge ist. Bei allen Handelsgeschäften wird diese Möglichkeit eintreten, sie sind dem Erfolg nach gewagte Geschäfte. Aber dieser Erfolg kann auch in der Absicht des Ge-

1) (Die hier vom Verfasser adoptirte neue Lehre von einer materiellen causa als Erforderniß der Verpflichtung ist aus folgenden Gründen unhaltbar. a) Nicht der Mangel, sondern die (anfängliche oder nachträgliche) Ermangelung (Deficienz) eines vorausgesetzten Verpflichtungsgrundes macht die Promission zu einem unwirksamen Versprechen sine causa z. B. die Promission einer Dos, das Versprechen ein Darlehen zurückzuzahlen ist unwirksam, wenn die Ehe unmöglich, das Darlehen zurückgezahlt ist, daraus folgt natürlich nicht, daß eine Promission sine causa wäre, in welcher beide Voraussetzungen gar nicht gemacht sind. b) Die causa traditionis, auf die man sich berufen hat, gehört gar nicht hierher: die Tradition ist nur Besitzübertragung; um Eigenthum zu übertragen, muß ein Veräußerungsgeschäft hinzutreten; die Stipulation ist schon an sich ein Verpflichtungsgeschäft, sie ist nicht der Tradition sondern der Mancipation oder Cession ebenbürtig, welche die causa alienationis in sich selbst trägt. Der Stipulation aber entspricht jetzt der einfache Vertrag und es ist nicht abzusehen, warum dieser keine Obligatio hervorbringen sollte, da er sogar zur Begründung eines dinglichen Rechts, der Conventionalhypothek hinreicht. c) Das instrumentum indiscretum beweist zwar nicht die causa, aber doch das Versprechen und ist daher in keinem Fall ohne alle beweisende Kraft, da ja die causa nöthigenfalls auf andere Weise bewiesen werden könnte. Dies läßt sogar die Stelle Note h des Lehrbuchs offen: der Schuldner, welcher ein indebite ausgestelltes instrumentum indiscretum condicirt, kann verlangen, daß der Gläubiger die causa anderweit nachweise. Diese condictio beweist zugleich die Rechtsverbindlichkeit der cautio indiscreta: bei einer ganz leeren Obligation wäre es überflüssig erst noch auf Aufhebung zu klagen. A. d. H.)

schäfts liegen. Ist überdies Bereicherung und Verlust durch den Vertrag bestimmt festgesetzt, so ist der Vertrag eine Schenkung. Ist aber der Erfolg, obwohl er beabsichtigt ist, ins Ungewisse gestellt, so daß es von einem ungewissen Umstand, einem Zufall abhängt, ob Gewinn und Verlust, und auf welcher Seite der eine oder der andere eintritt, so heißt das Geschäft ein Gewagtes im juristischen Sinn. Der Gegenstand eines solchen Vertrags heißt alea z. B. aleam emere, wenn beim Kaufcontract eine solche Ungewißheit festgesetzt wird. Es ist ein Ungewisses, das entweder Gewinn oder Verlust sein kann, je nach dem zu erwartenden zufälligen Ereigniß.

Sehr verschiedenartige Geschäfte können da geschlossen werden: Kauf, Darlehen, oder auch solche Geschäfte, die nicht unter den Begriff eines solchen materiell bestimmten Vertrags fallen.

Die rechtliche Beurtheilung eines solchen gewagten Geschäfts hängt von dem Motiv ab, welches dem Vertrag zu Grunde liegt, von dem Zweck, der dadurch erreicht werden soll; hiernach lassen sich folgende Fälle unterscheiden:

1) Das gewagte Geschäft ist nur Mittel für einen anderen Zweck, bei dem es nicht auf einen Gewinn abgesehen ist, sondern nur auf Erhaltung des Vermögens, das Wagniß wird nur durch die objective Ungewißheit herbeigeführt. Dahin gehören die Assecuranzverträge, wodurch jemand die Prästation eines künftigen Zufalls übernimmt gegen eine Prämie, welche ihm gezahlt wird. Die Prämie ist die bestimmte Leistung, die Prästation des Zufalls die ungewisse. Die speciellen Arten der Assecuranzverträge gehören ins deutsche Recht.[1] Ferner können hierher gehören Ausspielgeschäfte, wenn sie zu dem Zweck vorgenommen werden, um eine Waare an den Mann zu bringen, unter entsprechenderen Bedingungen, als außerdem zu erlangen sein würden, [ohne größeren Gewinn als bei einem einzelnen Käufer zu erlangen sein würde, indem hier ebenfalls das gewählte Geschäft nur Mittel zur Erhaltung ist]. Ferner Verkäufe künftiger Sachen, wenn sie aus dem Grunde abgeschlossen werden, weil das Bedürfniß entweder des Verkäufers oder des Käufers jetzige Abschließung des Vertrags fordert, um sich gegen die Ungewiß-

---

1) (Vgl. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (5. Aufl. 1845) §. 111. ff., Gerber, System des deutschen Privat-Rechts (4. Aufl. 1853) §. 202. ff. A. d. H.)

heit der Erwerbung sicher zu stellen.[2] Zwei Fälle sind hier möglich: a) der Gegenstand ist die Hoffnung, so daß die festgesetzte Gegenleistung gegeben werden muß, auch wenn gar nichts entsteht. In diesem Fall nennt man den Vertrag pactum spei; b) der Gegenstand ist die künftige Sache, es muß etwas entstehen, wenn der Vertrag gelten soll, nur die Quantität ist das Gewagte. Ein solcher Vertrag heißt pactum rei speratae.

Alle diese Geschäfte, bei denen das Wagniß nur das Mittel, nicht der Zweck ist, sind vollkommen verbindliche Geschäfte, wenn ihnen sonst nichts entgegensteht, das Wagniß beeinträchtigt ihre Wirksamkeit nicht.

2) Das gewagte Geschäft, bei dem Gewinn oder Verlust von einem ungewissen Umstand abhängig gemacht wird, ist rein um seiner selbst willen geschlossen, so daß das Wagniß nicht Mittel, sondern Zweck, und von beiden Seiten allein die Hoffnung des Gewinns das Motiv der Handlung ist. Solche Verträge heißen Wetten, wenn sie Complexe zusammenhängender Wetten sind, Spiele.

Aus solchen Verträgen entsteht regelmäßig keine Obligatio, die reine Lust am Wagniß ist nicht als eine juristische causa zu betrachten. Man will häufig in dieser Beziehung einen Unterschied machen zwischen Wetten und Spielen, und die ersteren als vollkommen verbindliche Verträge gelten lassen; aber Spiele sind nur eine Reihe von Wetten. Wären die Wetten als einzelne verbindlich, so wäre nicht abzusehen, warum Spiele unverbindlich sein sollten. Das Gegentheil wäre wenigstens eine reine Singularität, die aber im gemeinen Recht nirgends begründet ist.[3] Für diese Singularität könnte man etwa den politischen oder sittlichen Grund der größeren Gefährlichkeit anführen, dies wäre aber kein juristischer. Daher kann auch das schon Gezahlte als sine causa gegeben zurückgefordert werden.

---

2) Vgl. die Beispiele in Note 1 des Lehrbuchs.

3) (Die Argumentation des Verfassers paßt nur auf Wetten, welche materielle Spiele sind, weil nicht gewettet wird, um einen Streit zu entscheiden, sondern gestritten, um zu wetten. Das gemeine Recht läßt nun aber sogar das Pariren bei Wettrennen, Wettfahrten und dergleichen gelten (L. 3. D. de aleat. (11, 5), um so mehr also die Wette, welche nicht Accession eines Spiels ist. Vgl. L. 17. §. 5. D. de praescr. verb. (19, 5), §. 6. J. de V. O. (3, 15), Gai. lib. IV. §. 13. Die erste Stelle spricht allerdings nur von einer Klage gegen den Dritten, bei welchem die Einsätze deponirt sind, sie setzt aber die Gültigkeit der Wette, wenn sie nicht ex inhonesta causa geschlossen ist, voraus. A. d. H.)

Diese civilrechtlichen Entscheidungen hängen nicht davon ab, ob die Spiele durch die Landesgesetze als strafbare Handlungen erklärt sind, oder nicht. Im ersten Fall versteht es sich freilich von selbst, daß sie keine verbindlichen Verträge sind, aber auch im zweiten Fall ist damit noch keineswegs etwas anderes festgesetzt.

Etwas anderes ist, wenn ein gewisses Spiel durch die Landesgesetze ausdrücklich für erlaubt und damit für ein Rechtsgeschäft erklärt ist.

Pollicitationen.

§. 259.

Siehe das Lehrbuch.

Quasicontracte.

§. 260.

Siehe das Lehrbuch.

Unerlaubte Handlungen.

§. 261.

Unerlaubte Handlungen kommen auf doppelte Art als Quelle von Obligationen vor: 1) als Modificationen bestehender Obligationen, indem sie Verletzungen derselben sind; die Klage aus dieser Obligatio geht auch auf die Folgen der unerlaubten Handlung; 2) als Quelle selbstständiger Obligationen, mit besonderen Klagen. Diese aus unerlaubten Handlungen entstehenden (nicht blos dadurch modificirten) Obligationen sind die Delictsobligationen. Eine Handlung kann möglicherweise unter beide Rubriken fallen, z. B. der Commodatar beschädigt die geliehene Sache: [er verletzt seine Verpflichtungen als Commodatar und es wird gegen ihn geklagt mit der actio commodati wegen dieser Beschädigung; aber wäre er auch nicht Commodatar, so würde er doch durch seine Handlung ein Delict begangen haben und die actio legis Aquiliae gegen ihn angestellt werden können. Wir haben es nur mit der zweiten Art zu thun.]

Die Delictsobligationen haben eine doppelte Voraussetzung:

1) Rechtsverletzung. Es ist überhaupt ein zweifaches Unrecht zu unterscheiden: a) relatives, welches unter diesen Umständen es ist, aber auch Recht sein könnte, Unrecht unter dem

Schein des Rechts, eine Handlung, zu welcher der Handelnde ein Recht haben kann, und dies auch behauptet; b) absolutes Unrecht, Verletzung eines Rechts, das nicht bestritten werden kann, also nicht bloß eines Rechts dieser Person, sondern zugleich der rechtlichen Ordnung überhaupt, des ius publicum, des allgemeinen Willens, welcher das verletzte Recht zuerkennt. Das Delict ist absolutes Unrecht. Insofern die Folge des Delicts eine Obligatio ist zwischen dem Thäter und dem Verletzten, also ein Privatrechtsverhältniß, wird das Delict als Verletzung eines Privatrechts aufgefaßt, aber nicht bloß eines Rechts an einem äußeren Gegenstand z. B. Eigenthum, sondern der Persönlichkeit. So veranlaßt z. B. gewaltsame Entziehung einer Sache, als Verletzung des Eigenthums aufgefaßt, die rei vindicatio, als Verletzung zugleich der Persönlichkeit, die Delictsklage; es giebt sogar Delicte ohne Verletzung eines Rechts an einem äußeren Gegenstand, dies ist in den meisten Fällen bei der Injurie der Fall. Darum sind die Delictsobligationen Obligationen zum Schutz des Rechts der Persönlichkeit, siehe oben.

2) Verschuldung des rechtsverletzenden Erfolgs, d. h. Verursachung durch eine Handlung, durch welche der Handelnde den Erfolg bewirkt hat. Die Rechtswidrigkeit muß nicht bloß in dem Erfolg, sondern schon in der Hervorbringung desselben liegen. Dies heißt das Verhältniß der Zurechnung, wonach der Handelnde die juristische Ursache des Erfolgs ist.

Rechtswidrige Hervorbringung ist vor allem Handlung mit der auf den rechtswidrigen Erfolg gerichteten Absicht, rechtswidriger Vorsatz, dolus. Dieses Verhältniß reicht immer hin, die Handlung zu einem Delict zu machen, bei vielen Delicten ist es für ihren Begriff nothwendig. Zuweilen ist aber auch die Hervorbringung durch rechtswidrige Fahrlässigkeit, culpa, hinreichend. In gewissen Fällen ist es Bedürfniß geworden, auch das unvorsichtige Handeln als Rechtswidrigkeit und Delict zu behandeln, wenn dadurch ein rechtswidriger Erfolg entstanden ist.

Wenn ein Delict einmal durch Culpa begangen werden kann, so ist regelmäßig kein Gradunterschied zwischen größerer und geringerer Culpa. Auch die geringste begründet das Delict.[1]

---

1) L. 44. pr. D. ad l. Aquil. (9, 2): In lege Aquilia et levissima culpa venit.

Das heißt aber die geringste, die überhaupt noch als Rechtswidrigkeit behandelt werden kann, [nicht jedes beliebige Versehen. Dies bedeutet der Ausdruck levissima culpa, der oft mißverstanden ist]. Dies ist nicht ohne Gränze. Culpa existirt nicht überall, wo die Möglichkeit einer Verletzung anzunehmen war (dies ist bei den meisten Handlungen der Fall), sondern wo die Möglichkeit nahe genug lag, um von einem Vorsichtigen und Wohlgesinnten berücksichtigt zu werden, [siehe die zweite Stelle der Note d. des Lehrbuchs].

Eine Obligatio ex delicto setzt eine Handlung voraus, die nicht bloß Verletzung einer bestehenden Obligatio, die vielmehr auch ohne eine solche und selbstständig gegen sie eine Rechtsverletzung ist. Dies kann unbedingt der Fall sein bei einer positiven Handlung, culpa in faciendo kann ein Delict sein. Eine Unterlassung kann eine Rechtswidrigkeit sein, culpa in non faciendo a) als Verletzung einer Obligatio zum Thun; diese ist aber kein Delict, sondern Modification jener Obligatio; b) als Verletzung einer öffentlichen Pflicht, z. B. der Anzeige von Staatsverbrechen, oder Versäumung der Amtspflicht; dies aber ist kein Privatdelict.

Delicte sind theils delicta publica, theils privata. Diese Eintheilung bezieht sich auf die Folge und Wirkung des Delicts.

Materiell ist eine doppelte Folge möglich: 1) Schadensersatz, wenn das Delict einen Vermögensnachtheil hervorgebracht hat (§. 225.); 2) Strafe (§. 230.). Der Schadensersatz ist stets Gegenstand einer Obligatio zwischen dem Thäter und dem Verletzten, die aus dem Delict entsteht, sowohl bei Privatdelicten als bei öffentlichen Delicten. Aber es giebt Delicte, die auch eine Obligatio auf Strafe erzeugen, welche also auch in dieser Hinsicht in das Privatrecht fallen, Privatdelicte. Die meisten dagegen sind mit einer öffentlichen Strafe belegt, welche nicht durch eine actio sondern durch accusatio gefordert wird, im Weg des Criminalverfahrens, delicta publica.

Die Privatstrafen sind, da sie Gegenstand von Obligationen sind, durchaus Vermögensstrafen, also eine Prästation, die dem Kläger zufällt. Im römischen Recht gab es ursprünglich sehr viele Privatdelicte, schon im späteren Recht wurden nicht wenige derselben extra ordinem auch criminell behandelt, und zum Theil so, daß allmälig die criminelle Behandlung die privatrechtliche in

der Praxis verdrängte, z. B. beim Diebstahl. Noch mehr hat sich im heutigen Recht die criminelle Behandlung ausgedehnt, die Zahl der Privatdelicte vermindert. Endlich bei manchen Delicten, welche delicta privata geblieben sind, ist wenigstens die Strafe weggefallen, sie sind auf den Schadensersatz reducirt. (Auch dieser hat allerdings auf Seiten des Beklagten eine Strafnatur, da derselbe unabhängig von seiner Bereicherung haftet, also sein Vermögen dadurch sich mindert.)

Manche Juristen haben geglaubt, alle Privatstrafen seien für antiquirt zu halten. Diese Ansicht ist entschieden unrichtig, da dieselben z. B. bei der Injurie noch vorkommen. Ja wir haben sogar Strafen, welche das römische Recht nicht kannte, so das sogenannte Schmerzengeld. Als Regel für die Anwendbarkeit läßt sich folgende aufstellen. Wo die Privatstrafe den materiellen Charakter der öffentlichen hatte, und die Sühne der Gerechtigkeit vertrat, so daß der Verletzte gleichsam nur als Repräsentant des ganzen Volks auftrat, da ist sie weggefallen. Da wo dagegen von Anfang nur ein Interesse des Verletzten bei der Strafe im Auge war, findet sie im Zweifel noch statt.

Die Strafe ist unabhängig vom Schadensersatz, beide concurriren, ohne einander auszuschließen. Ebenso auch mehrere Strafen, während die Erlangung des Schadensersatzes mit einer Klage die nochmalige Forderung auch mit einer anderen ausschließt, siehe oben §. 81.

Ein Punkt ist hier noch besonders hervorzuheben: die Concurrenz einer actio auf Privatstrafe mit der accusatio auf öffentliche Strafe.

Wenn eine Handlung unter den Begriff verschiedener Privatdelicte fällt, so schließt eine Strafe die andere nicht aus,[2] z. B. Injurie und lex Aquilia. Dasselbe muß um so mehr gelten, wenn von den beiden Delicten das eine ein Privatdelict, das andere ein öffentliches ist, z. B. bei der Tödtung schließt die accusatio ex lege Cornelia die actio legis Aquiliae nicht aus, bei Mißbrauch des Zollpachts zu Erpressungen kann zugleich extra ordinem gestraft und auf das Vierfache geklagt werden. (Siehe Note f des Lehrbuchs.) Aber dies setzt doch voraus, daß die Delicte einen verschiedenen Charakter und verschiedene Richtung

---

2) Vgl. Note e des Lehrbuchs.

in der einen und der anderen Auffassung haben. Wenn dagegen für dasselbe Delict, welches an sich ein Privatdelict ist, die Möglichkeit einer criminellen Behandlung eröffnet ist, z. B. bei der Injurie, so schließt eine Strafe die andere aus. Die Wahl ist hier in einigen Fällen verstattet, z. B. bei der gewöhnlichen Injurie 2c., dagegen nicht, wo das Delict eine besondere Gefährlichkeit in dem vorliegenden Fall angenommen hat. [Hier wird stets die criminelle Behandlung vorgezogen und dadurch die civilrechtliche Klage vernichtet.]

Entstehung von Obligationen durch Zustände.

§. 262.

Siehe das Lehrbuch.

Modification bestehender Obligationen.

Durch Verabredung.

§. 263.

Siehe das Lehrbuch.

Durch Verletzung.

Dolus und Culpa.

§. 264—267.

Eine unerlaubte Handlung kann eine Verbindlichkeit erzeugen, die sich als Modification einer bestehenden Obligatio darstellt.

Auch hier treten die zwei Voraussetzungen unerlaubter Handlungen ein: Verletzung und Verschuldung.

Die Verletzung gestaltet sich hier als Verletzung einer bestehenden Obligatio. Je nach dem Umfang dieser wird die Möglichkeit einer solchen Modification größer oder geringer sein. Gering, wenn die Verbindlichkeit ihrem Umfang nach sehr beschränkt ist, am geringsten, wenn es der Verbindlichkeit an einem Gegenstand fehlt, der durch Schuld des Verpflichteten geschmälert werden oder untergehen könnte, z. B. ein Genus. Hier ist nur in Beziehung auf die Modalitäten der Leistung selbst, z. B. Zeit und Ort, eine Verletzung des Gläubigers durch Verschuldung denkbar, z. B. es hat jemand die Zeit einzuhalten, welche nöthig

ist, um an einen fremden Ort zu kommen, und er ist dabei durch seine Schuld verzögert worden. Ferner war die Möglichkeit einer Verletzung geringer bei den obligationes stricti iuris auf das Geben einer individuell bestimmten Sache, z. B. der Schuldner hat die Sache durch Nachlässigkeit untergehen lassen; die wörtliche Auslegung bewirkte hier nämlich, daß man annahm, er sei nicht zu einer Thätigkeit zum Zweck des Schutzes der Sache verpflichtet gewesen, hafte auch für keine culpose Unterlassung, für keine culpa in non faciendo. Umfassend dagegen ist die Möglichkeit einer Modification, wo in der Obligatio zugleich eine Verbindlichkeit zur Thätigkeit für Schadenabwendung liegt. Dies ist bei allen bonae fidei obligationes der Fall, heutzutage bei allen Obligationen auf einen Gegenstand, der eine solche Einwirkung zum Nachtheil des Gläubigers zuläßt. Also von den zwei Beschränkungen der Modification durch unerlaubte Handlungen, 1) wegen der Natur des Gegenstandes, 2) wegen der Natur der stricti iuris obligationes, ist nur die erste übrig geblieben.

Die Verschuldung liegt hier, wie bei den Delicten, in der Existenz eines Dolus oder einer Culpa, wodurch die Verletzung herbeigeführt oder möglich gemacht worden ist.

Der durch Dolus, rechtswidrigen Vorsatz, verursachte Schaden muß immer ersetzt werden, vorausgesetzt das erste Erforderniß, der Verletzung einer Verbindlichkeit aus einer bestehenden Obligatio. Selbst durch Vertrag wird man von dieser Haftung nicht liberirt, ein solcher Vertrag wäre ein pactum turpe. Gültig ist der Vertrag hinsichtlich eines vergangenen Dolus, als Verzicht auf die schon entstandene Forderung deshalb. Im allgemeinen pactum ne quid praestetur ist der Dolus immer ausgenommen, der künftige, weil er nicht erlaubt werden kann, der vergangene, weil man nicht annehmen kann, daß die Absicht darauf gerichtet war.

Man behauptet, die Wirksamkeit jenes Erlasses des dolus praeteritus setze Wissenschaft von demselben in concreto voraus.[1] Dies ist als allgemeine Regel unrichtig, man kann einen

1) Man hat sich dafür berufen auf: L. 14. §. 9. D. de aed. ed. (21,1): Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit, remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus. Nisi sciens venditor morbum consulto reticuit; tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.

Anspruch aufgegeben haben, auch wenn man ungewiß ist, ob man ihn hat, nämlich unter der Voraussetzung daß man ihn habe. Daß dieser Anspruch auf einen Dolus sich gründet, ist kein Hinderniß, wenn nur der Verzichtende die Möglichkeit des Dolus, der sich nachher als begangen herausstellt, wirklich im Auge gehabt hat. Dagegen aber kann dieser Verzicht selbst durch einen Dolus erschlichen sein, und also aus diesem Grund angefochten werden durch eine replicatio doli gegen die exceptio pacti. Dies ist der Inhalt der citirten Stelle: der Verkäufer nahm eine Krankheit aus (z. B. dafür könne er nicht einstehen, das könne man nicht wissen ꝛc.), deren Dasein er wußte.

Wahrer Dolus ist nicht jedes absichtliche Handeln oder Unterlassen, sondern eine vorsätzliche Rechtswidrigkeit; nicht bloß der Erfolg, sondern das Rechtswidrige daran muß beabsichtigt sein. Darum kann das Motiv des Handelnden Einfluß auf die Entscheidung der Frage haben. War die Absicht zwar auf den Erfolg gerichtet, aber auf einen an sich löblichen Zweck, der nur durch das Mittel seiner Erreichung ein rechtswidriger war, so ist es nicht Dolus. Aber es ist culpa lata, und diese hat dieselbe civilrechtliche Folge, für die Haftung steht sie dem Dolus praktisch gleich, ohne den Thäter zu stigmatisiren, z. B. der Mandatar tritt bei einer Versteigerung gegen einen anderen Contrahirlungslustigen zurück, bestochen, oder aus Freundschaft für den Bietenden oder Charakterschwäche und fügt dadurch seinem Mandanten absichtlich einen Nachtheil zu, oder der Depositar löst das gebunden übergebene Thier aus Mitleid. — Die Römer vermieden also einen doppelten Abweg: 1) den unsittlichen Grundsatz der Zweck heiligt die Mittel, 2) die Barbarei, einen wohlbedachten, böswilligen Uebelthäter und einen aus Mangel an Einsicht Unrecht Thuenden in Eine Classe zu werfen.

Weniger einfach ist das Verhältniß der culpa. Im weiteren Sinn ist culpa soviel als Schuld, jedes imputable Hervorbringen eines rechtswidrigen Erfolgs, und begreift auch den Dolus. Im engeren Sinn mit Ausschluß des Dolus ist culpa Fahrlässigkeit, Unvorsichtigkeit: Vernachlässigung der Vorsicht und Behutsamkeit, durch deren Anwendung der Erfolg vorhergesehen und vermieden werden konnte und sollte. Im engsten Sinn ist sie die dem Dolus gegenüberstehende Culpa, also auch noch mit Ausnahme der

Culpa, welche in dem Dolus mitbegriffen, ihm gleichgestellt wird, der culpa lata.

Es sind verschiedene Grade der Culpa (in jenem zweiten Sinn) zu unterscheiden, gröberes und geringeres Verschulden. Die Größe der Culpa hängt ab von der Größe der Behutsamkeit und Vorsicht, deren Anwendung den Erfolg abgewendet hätte. Je größer diese, desto geringer jene und umgekehrt. Grade der Culpa also setzen Grade der Vorsicht und Sorgfalt voraus, und mit verschiedenen Graden dieser sind auch verschiedene Grade jener gegeben.

Die frühere Theorie nahm drei Grade der Culpa an: culpa lata, levis, levissima. Schon Donellus dagegen zwei: culpa lata, levis, welche Ansicht in der neueren Zeit von Löhr wieder hervorgeholt, von Hasse vollständig durchgeführt worden ist.[2] Jene alte Ansicht gründete sich darauf, daß einmal eine culpa levissima erwähnt wird (dies würde freilich für sich ein ärmliches Argument sein, denn darnach müßten auch die Worte latior und levior besondere Grade bedeuten, und dann hätte man fünf Grade), insonderheit aber auf einige Stellen, in welchen unter den Fällen, wo culpa levis prästirt werden muß, einige hervorgehoben zu werden scheinen, wo noch mehr als diese levis prästirt werden sollte. Man gestaltete sich daraus folgende Ansicht über die Prästation der Culpa: wer keinen Vortheil von dem Verhältniß hat, prästirt culpa lata (z. B. der Depositar), wenn beide Vortheil haben (z. B. bei Kauf und Miethe) prästiren sie culpa levis, wer allein Vortheil hat prästirt culpa levissima (z. B. der Commodatar). Es schien so billig den dritten Fall von dem zweiten zu trennen. Dieses Streben nach Billigkeit hat mehr als alles dazu beigetragen, jenen Irrthum zu befestigen. Man vergaß darüber die praktische Möglichkeit der Unterscheidung. Aber diese Ansicht über die Prästation ist ganz unrichtig; die Regel ist vielmehr Prästation der culpa levis, Verpflichtung zum Benehmen eines verständigen Mannes, davon ist dann nur eine billige Ausnahme, wo die Haftung auf culpa lata reducirt wird.

Exegetisch ist entschieden dargethan, daß das römische Recht nur zwei Grade kennt. Aber dies ist nicht genug, es läßt sich

---

2) Siehe die literarischen Nachweisungen in Note a des Lehrbuchs.

auch die innere Nothwendigkeit dieser römischen Theorie erweisen, die praktische Unmöglichkeit von drei Graden der Culpa, wenn man die ganze Frage nicht auf die subjective Willkür des Richters stellen will, wo dann von gar keiner Theorie die Rede sein könnte. Diese innere Auffassung der Sache ist auch aus folgendem Grund Bedürfniß. Gemeinrechtlich hat sich die richtige Theorie geltend gemacht, aber die falsche Theorie ist in die Gesetzbücher des vorigen Jahrhunderts eingedrungen. Ist sie darum unter deren Herrschaft legalisirt? Dies ist schon darum zu verneinen, weil sie praktisch eine Unmöglichkeit ist.

Die Grade der Culpa werden gegeben durch Grade der Vorsicht oder Sorgfalt. Es kann jemand zu verschiedenen Graden von Sorgfalt verpflichtet sein, damit ist gesagt, es wird nicht immer derselbe Grad der Culpa prästirt. Die von jemanden geforderte Sorgfalt muß nach einem Maaßstab bemessen werden, an den das Benehmen des Verpflichteten gelegt wird. Das Maaß kann ein absolutes und ein relatives sein. Das erste giebt die Grade der Sorgfalt, und damit der Culpa.

Nur ein doppeltes absolutes Maaß ist denkbar: die Vorsicht eines gewöhnlichen Menschen, und die Sorgfalt eines Menschen, der in seinem Benehmen das Prädicat eines tüchtigen, verständigen, sorgfältigen Hausvaters verdient. Die Vernachlässigung jener Vorsicht ist die gröbere, die Vernachlässigung dieser die geringere Culpa.

Es kann also von jemanden gefordert werden

1) nur die Vorsicht eines gewöhnlichen Menschen ohne irgendwie ausgezeichnete Eigenschaften, also er hat nur die Vernachlässigung dieser zu prästiren. Ihre Vernachlässigung ist culpa lata oder latior.[3] Eine geringere Behutsamkeit läßt sich nicht denken, also auch keine gröbere Culpa, sie steht dem Dolus zunächst, dolo proxima est. Es ist sogar eine Vermuthung für Dolus dadurch gegeben. Wie für Dolus, so muß jeder auch für lata culpa einstehen, aequiparatur dolo, sie wird in der Anwendung unter Dolus begriffen, daher bedeutet culpa gegenüber dolus soviel als culpa levis. Dies ist nothwendig wegen des Beweises;

3) Vgl. die Note f des Lehrbuchs citirten Stellen.

2) die Sorgfalt, welche ein verständiger Hausvater, bonus, prudens, diligens paterfamilias solchen Angelegenheiten zuwendet: diligentia schlechtweg, diligentia exacta, diligentia diligentis patrisfamilias (diligentissimi). Ihre Vernachlässigung ist die culpa levis oder levior, sie ist auch zugleich die culpa levissima. Eine noch geringere Culpa würde eine noch größere Sorgfalt voraussetzen, eine solche giebt es nicht, jene ist die diligentia exactissima. Mehr zu fordern wäre unvernünftig, es würde heißen, er solle in seiner Sorgfalt unvorsichtig und unsorgfältig sein — über die Sorgfalt jenes diligens paterfamilias liegt nur hinaus die Sorgfalt eines Narren. Hinter der culpa levis beginnt sofort die Abwesenheit aller Culpa, der Zufall. Daher wird diese culpa levis auch mit dem Ausdruck: culpa omnis bezeichnet, weil es keine geringere giebt. — Würde es daher einen dritten Grad der Culpa geben, so müßte er zwischen der lata und levis liegen, aber es ist kein Maaß der Vorsicht zu finden, welches zwischen der eines gewöhnlichen Menschen, und der eines bonus paterfamilias läge. Drei Grade würden sich in der Anwendung so gestalten, daß die s. g. culpa levissima die levis wäre, also die Pflicht zur Prästation der culpa levis eingeschränkt, und die s. g. culpa levis (die in den meisten Fällen zur Anwendung käme) zur baaren Willkür des Richters würde.

Manche Schuldner werden zur custodia verpflichtet, und zwar so, daß dies zuweilen neben der diligentia als etwas besonderes genannt wird. Man hat dies wohl für einen dritten Grad gehalten. Aber custodia bedeutet nicht eine Sorgfalt eigenen Grades, sondern eigener Art, diligentia in custodiendo, Bewahrung der Sache vor dem Abhandenkommen, namentlich gegen Entwendungen. Wer dazu verpflichtet ist, könnte es an sich in jenem doppelten Grad sein, daher der Ausdruck custodia diligens. Aber als technischer Ausdruck wird das Wort nur für diligentia gebraucht, daher z. B. der Depositar nicht custodia prästirt, was sonst etwas Auffallendes hätte, wenn nicht eben custodia hier so viel hieße als diligens custodia.

Eine Streitfrage ist: Hat der, welcher custodia zu prästiren hat, schlechterdings für den Diebstahl einzustehen? Diese Frage wird bejaht, wenn der Verkäufer ausdrücklich custodia über-

nommen hat.[4] Dagegen wenn ein Depositar die custodia übernommen hat, wird davon der casus unterschieden.[5] Ferner der Pfandgläubiger, der Miether prästirt custodia, er haftet aber nicht, wenn ohne seine Schuld die Sache entwendet wird.[6] Beim Commodat wird schlechthin vorausgesetzt, daß der Commodatar für den Diebstahl hafte.[7] Ebenso auch bei dem pecus aestimatum, dem s. g. contractus socidae, Eisern Vieh-Contract.[8]

Das wahre Resultat aller dieser Stellen ist folgendes. Man muß annehmen, daß einem diligens paterfamilias eine Sache, auf die er besonders Acht zu haben veranlaßt ist, nicht durch einfachen Diebstahl abhanden kommen kann. Also wird den Schuldner dem Erfolg nach fast immer der Schaden treffen.[9] Doch kann ihm der Beweis der Abwesenheit jeder Culpa nicht versagt werden, wenn er auch gewöhnlich nicht gelingen wird, weil eben eine starke Präsumtion dagegen spricht. Hätte der, welcher schon an sich custodia prästiren müßte, sie noch ausdrücklich übernommen, so wird dies von einem unbedingten Haften verstanden, also jener

---

4) Vgl. §. 3. J. de emt. (3,23): — — Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. —

5) Vgl. L. 1. §. 35. D. depositi (16,3): Saepe evenit, ut res deposita vel numi periculo sint eius, apud quem deponuntur, ut puta si hoc nominatim convenit; sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

6) Vgl. L. 14. §. 6. D. de furtis (47,2): Idem scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum surripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. —

7) Vgl. L. 14. §. 10. D. eod.: An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur; et Iulianus ait, patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat, sicuti, inquit, is, qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. — — Vgl. L. 14. §. 15. eod.

8) Vgl. L. 52. §. 3. D. pro socio (17,2): Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare. Ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit [eius qui aestimatum pecus acceperit]: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est: quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt, quamvis aestimata.

9) (Parbs a. a. O. S. 79: „Also wird dem Schuldner, der custodiam zu prästiren hat, die Haftung obliegen". Der vorsichtigere Ausdruck im Originalheft ist vorzuziehen. A. d. H.)

Beweis nicht zugelassen, z. B. beim Verkäufer [bis zur Tradition].

In einigen Fällen, wo an sich jene culpa levis prästirt werden müßte, wird sie ermäßigt durch Anwendung eines relativen und subjectiven Maaßstabes, welcher der diligentia diligentis patrisfamilias substituirt wird. In diesen Fällen wird eine diligentia in suis rebus gefordert, welche aber keinen besonderen Grad bildet, eben weil sie etwas bloß subjectives ist. Die Vernachlässigung dieser diligentia in suis rebus heißt auch culpa levis in concreto; wir unterscheiden sie von der absoluten Culpa durch die Bezeichnung: relative Culpa, culpa levis in concreto. Unter Umständen kann sie aber auch unter culpa lata subsumirt werden, insofern nämlich eine Vermuthung des Dolus durch den Umstand entsteht, daß jemand entschieden ungünstiger mit fremden Sachen, als mit den seinigen umgegangen ist.

Dolum et culpam praestare bedeutet dolus, culpa lata und culpa levis, diese letztere kann absolute und relative sein: regelmäßig wird allerdings die erste anzunehmen sein, da die letztere die Ausnahme ist. Dasselbe ist der Fall bei der diligentia, [wo ebenfalls die absolute diligentia diligentis patrisfamilias die Regel bildet, aber ausnahmsweise auch die diligentia in suis rebus gemeint sein kann]. Dagegen begreift der Ausdruck: culpa omnis immer auch die absolute culpa levis.[10]

Die Prästation der Culpa geschieht nach den Grundsätzen des §. 267 im Lehrbuch.

Culpa in faciendo prästirt jeder, soweit er sie auch außer dem obligatorischen Verhältniß prästiren würde. Bei der culpa in non faciendo kommt es auf zwei Punkte an: 1) auf die Beschaffenheit der Thätigkeit, zu der jemand verpflichtet ist, diese muß sich aus der Natur der einzelnen Obligationen ergeben; 2) auf die Beschaffenheit und den Grad der Sorgfalt, den jemand bei dieser Thätigkeit anzuwenden verpflichtet ist. In dieser letzteren Hinsicht ist die diligentia diligentis patrisfamilias als Regel zu betrachten, welche überall eintritt, wo nicht eine Ausnahme festgesetzt ist. Ausnahmen aber machen a) die Fälle, wo diligentia in suis rebus gefordert, b) die Fälle, wo bloß culpa lata

10) (Parbs a. a. O. S. 79: „Dagegen bedeutet der Ausdruck omnis culpa stets die Prästation der absoluten diligentia.“ Auch hier ist die mündliche Variante keine Verbesserung. A. d. H.)

prästirt wird, nämlich wenn jemand keinen Vortheil von dem Verhältniß hat. Doch hat auch dies wieder Ausnahmen, wo auf die allgemeine Regel zurückgegangen wird und culpa levis prästirt werden muß (namentlich vom Mandatar), siehe das Lehrbuch.

Wichtig ist noch die Beweisfrage, Lehrbuch §. 267 a. E.

M o r a.

§. 268.

Eine Verletzung eigenthümlicher Art, wodurch eine Obligatio modificirt werden kann, bezieht sich auf die Erfüllung und zwar auf die Zeit derselben. Der allgemeine Ausdruck dafür, welcher verschiedene Bedeutungen hat, ist mora. Mora heißt überhaupt eine Verzögerung der Leistung, das Wort wird oft in einem ganz indifferenten Sinn gebraucht, im engeren Sinn bedeutet es rechtswidrige Verzögerung, im engsten Sinn wird darunter ein besonderes Institut mit besonderen Wirkungen verstanden, eine rechtswidrige Verzögerung eigener Art und von eigenthümlichen Voraussetzungen. Unsere Juristen haben nicht selten in die Theorie von dieser Mora jene allgemeinen Begriffe eingemischt, welche man vielmehr ganz entfernt halten muß. Darauf beruht z. B. die Eintheilung in s. g. objective und subjective Mora. Sieht man näher zu, so ist die s. g. objective Mora zwar eine Verzögerung, aber keine Mora in dem Sinn, in welchem die besonderen Wirkungen von ihr gelten. So hat man auch den Fall eingemischt, wo für den Eintritt der Verzögerung eine gewisse Wirkung durch Vertrag oder Testament gesetzt ist, z. B. Conventionalstrafe, lex commissoria u. s. w. In der That handelt es sich nur um gesetzliche Wirkungen, welche die Verzögerung unter gewissen Voraussetzungen hat; nur die Verzögerung, die diese Wirkung hat, ist eine wahre Mora, der Verzug, von welchem hier die Rede ist.

Die Mora ist entweder Mora des Schuldners, mora solvendi, oder des Gläubigers, mora accipiendi, je nachdem der Verzug in dem ersten oder in dem zweiten seine Quelle hat.

Die rechtlichen Wirkungen, welche die Mora auf die Obligatio äußert, sind von doppelter Art: 1) sie verändern die Existenz und Dauer der Obligatio; 2) sie verändern den Umfang der Obligatio, indem sie ihn erweitern, einen Zusatz zu ihm verursachen. —

Diese Classification war nach römischem Recht besonders wichtig in Beziehung auf die Unterscheidung der Obligationen in obligationes stricti iuris und bonae fidei. Die erste Art der Wirkungen konnte bei beiden Classen von Obligationen, die zweite vollständig nur bei bonae fidei obligationes und nur theilweise bei stricti iuris obligationes vorkommen.

Wirkungen der mora solvendi:

1) In Beziehung auf die Existenz der Obligatio. Der rechtswidrige Verzug kann nicht die Wirkung haben, den Schuldner zu befreien, und den Gläubiger um diesen Theil seines Vermögens zu bringen, wo es[1] ohne die Mora nicht der Fall gewesen wäre. Wenn daher der Schuldner nur auf eine gewisse Zeit (ad diem) haftet, so kann diese Endigung der Obligatio nicht nach der Mora eintreten. (Etwas Anderes ist die Klagverjährung.)[2] Ferner eine zufällige Unmöglichkeit der Leistung ist sonst ein Befreiungsgrund, so namentlich Untergang der Sache, nicht aber, wenn sie während der Mora eintritt. Dieser Einfluß der mora solvendi wird so ausgedrückt: „Die Obligatio wird perpetuirt."

Der zweite Fall (Untergang der Sache) ist anders zu entscheiden, wenn der Schuldner beweisen kann, daß die Mora den Stand der Sache wirklich nicht verändert hat, d. h. daß die Sache auch bei dem Gläubiger ebenso gut untergegangen wäre.[3] Diese Befreiung des Schuldners setzt aber zweierlei voraus: a) daß der Zufall die Sache ebenso gut auch anderswo betroffen haben würde, b) daß er sie auch bei dem Gläubiger betroffen, daß also dieser die Sache behalten und nicht weiter gegeben hätte. Man streitet in Beziehung auf diese Voraussetzungen über die Beweislast. Daß der Schuldner das erste Moment beweisen müsse, wird allgemein zugegeben, nicht so das zweite. Mit Unrecht. Der Schuldner muß beweisen, daß die Sache auch bei

---

1) (Der Verf. meint ohne Zweifel das Fortbestehen der Obligatio; der Satz im handschriftlichen Heft „wo es ohne die Mora nicht der Fall gewesen wäre" ist also auf die im Eingang erwähnte „Existenz der Obligatio" zu beziehen, weil sonst die Negation keinen Sinn hätte. Dagegen würde sich die von Parbs a. a. O. S. 79. beigebrachte mündliche Paraphrase „wenn gleich ihm ohne die Mora dieser Vermögenstheil sicher würde untergegangen sein" an die unmittelbar vorhergehenden Worte anschließen. Parbs selbst scheint nach seinem Zusatz: „im Rudorff'schen Abdruck steht das Gegentheil!" zu urtheilen, diesen Zusammenhang nicht begriffen zu haben. A. d. H.)

2) (Diese gründet sich auf den Verzug des Gläubigers, der durch Mora des Schuldners nicht ausgeschlossen wird. A. d. H.)

3) Ausnahme siehe Note c des Lehrbuchs.

dem Gläubiger untergegangen wäre, und dieses Thema des Beweises enthält die beiden Voraussetzungen. Er muß also beweisen, daß der Gläubiger in der Intention, die Sache zu behalten, contrahirt habe.[4] Was von dem Untergang, gilt auch von der Beschädigung der Sache.

2) In Beziehung auf den Umfang der Obligatio. Zu dem ursprünglichen Gegenstand der Obligatio tritt noch hinzu, was dem Gläubiger durch den Verzug entgangen ist, so namentlich alle Nutzungen von der Sache, welche er bei rechtzeitiger Erfüllung hätte machen können, nicht bloß die eigentlichen Früchte. Bei einer Geldschuld gehören dahin Verzugszinsen, welche der Schuldner zu leisten hat, und ebenso auch das sonstige Interesse. Kommt es zu einem Werthanschlage, so wird der höchste Werth zu Grunde gelegt, welchen die Sache seit der Mora hat, denn der Schuldner war zu jeder Zeit seit der Mora zu leisten verpflichtet, also auch zu dieser, wo die Sache den höchsten Werth hatte.[5] In diesem Interesse kann auch der Rücktritt vom Geschäft liegen, wenn dem Gläubiger durch die Mora die Leistung unnütz geworden ist, z. B. bei einem Miethvertrag.

Wirkungen der mora accipiendi:

1) Auf die Existenz der Forderung. Der Schuldner wird durch den Untergang der Sache frei, auch wenn er den Zufall übernommen hatte, oder auch ohne dies der Zufall ihn betroffen hätte. Seine Haftung wird überhaupt auf dolus und culpa lata reducirt, wenn er auch bisher für mehr eingestanden hätte.

---

4) (Dieser Beweis würde wenig helfen, denn diese Intention könnte der Gläubiger jeden Augenblick willkürlich ändern. Es könnte aber die Veräußerung durch Rechtsvorschrift z. B. Fideicommißeigenschaft ausgeschlossen sein. A. d. H.)

5) (Vgl. L. 21. §. 3. D. de A. E. V. (19,1): — — saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit. Deshalb ist es nicht richtig, wenn manche Juristen (v. Savigny, System Bd. 6. S. 209 f.) dies Princip auf die Mora des Diebes beschränken, weil nur diese sich in jedem Augenblicke erneuere, in allen anderen Fällen aber dem Gläubiger nur zwischen der Zeit der Mora und der regelmäßigen Schätzungszeit die Wahl lassen. Die „Zeit der Mora" ist ja nicht bloß die der Interpellation. Die spätere Erhöhung des Werthes wird in den gewöhnlichen Fällen eben so gut berücksichtigt, wie bei dem Diebstahl. Vgl. L. 21. §. 3. D. cit., L. 29. D. de act. rer. amot. (25, 2), L. 50. pr. de furtis (47, 2). Die spätere Werthverminderung verpflichtet in beiden zum Ersatz des ursprünglichen Werthes. Vgl. L. 3. §. 3. D. de A. E. V. (19, 1), L. 3. in fin. D. de cond. trit. (13, 3), L. 8. §. 1. D. de cond. furt. (13, 1). — Nach L. 2. §. 3. D. de priv. del. (47, 1) würde im Fall des Diebstahls nicht einmal so weit zurückgegangen, dies bezieht sich bloß auf die wörtliche Fassung der Formula. A. d. H.)

Er wird also durch Ereignisse befreit, welche ihn außerdem nicht entbunden haben würden.

2) Auf den Umfang der Obligatio. Der Schuldner kann Entschädigung verlangen, namentlich wegen der Kosten, welche ihm der Verzug möglicherweise verursacht hat, z. B. Nahrung eines Thieres, Kosten der Aufbewahrung u. s. w.

§. 269.

Diese Wirkungen setzen die Entstehung der Mora voraus. Der Hauptfall ist die mora solvendi.

Darüber ist nicht selten eine falsche Theorie aufgestellt worden, welche ihren Ursprung in einer falschen Auffassung des Begriffes hat, und zwar in zwei Irrthümern. Auf der einen Seite hat man die Entstehung der Mora erleichtert durch Herbeiziehung jeder rechtswidrigen Verzögerung. Auf der anderen Seite hat man sie ebenso unbegründet erschwert durch Herbeiziehung des Erfordernisses der Culpa. Aber die Mora ist nicht bloß eine Anwendung der Culpa auf die Zeit der Leistung, sondern sie ist eine davon unabhängige Verletzung.

Die Erfordernisse der mora solvendi sind außer der Existenz der Forderung:

1) Die Fälligkeit der Forderung. Wo kein Recht der Geltendmachung existirt, da ist auch kein Verzug denkbar, z. B. bei der Zahlungsfrist.[1]

2) Die Nichterfüllung der Verbindlichkeit muß ihre Ursache lediglich in dem Schuldner haben. Hier hat man nun geglaubt, das Erforderniß des Dolus oder der Culpa machen zu müssen, so daß die Mora gehindert wäre, wenn dem Schuldner weder rechtswidriger Vorsatz noch Fahrlässigkeit nachgewiesen werden könnte. Aber so steht die Sache nicht. Das positive Erforderniß der Mora ist nur jenes, daß die Ursache der Nichterfüllung bloß in dem Schuldner lag; aber es treten gewisse Entschuldigungsgründe ein, durch deren Nachweis der Schuldner sich von dem Vorwurf der Mora befreien kann: er ist überall zu entschuldigen, wo es ungerecht wäre, dem Schuldner zuzumuthen, daß er der Aufforderung zu zahlen sofort hätte nachkommen sollen. So

---

1) L. 88. D. de R. I. (50, 17): Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

wenn die Verzögerung nur in dem billigen Anspruch auf eigene Sicherung ihren Grund hat, z. B. in der Herbeischaffung von Zeugen oder sonstiger Beweismittel für die zu leistende Zahlung, ferner wenn der Schuldner sich nur vergewissern will, daß der Empfänger der rechte Gläubiger ist, vorausgesetzt daß ein Grund des Zweifels vorhanden war, z. B. der angebliche Erbe des Gläubigers interpellirt; ferner wenn die von dem Schuldner schon herbeigeschafften Zahlungsmittel durch Zufall verloren gingen, oder wenn er unter den Vorbereitungen zur Zahlung durch plötzliche Krankheit oder Gefangenschaft u. s. w. außer Stand gesetzt worden ist, das Geschäft zu vollenden.[2] Dies hat der Richter nach billigem Ermessen zu erwägen. Darauf unter Anderem bezieht sich die Aeußerung, daß die Bedingungen der Mora sich nicht vollständig gesetzlich festsetzen lassen,[3] daß also dem richterlichen Ermessen hier ein gewisser Raum offen bleiben muß.

3) Eine Handlung des Gläubigers, welche den Schuldner in moram versetzt, interpellatio, Mahnung. Daher der Grundsatz: mora fit ex persona (durch eine persönliche Thätigkeit), non ex re (nicht von selbst). Die Mahnung setzt voraus, daß die Zeit der Geltendmachung gekommen ist, (eine vorzeitige Mahnung hat keinen Effect); sie muß ferner opportuno loco geschehen, d. h. so daß dem Schuldner die Beschaffung der Leistung sofort zugemuthet werden konnte, und endlich muß sie auch an die rechte Person geschehen, d. h. an diejenige, welche zu leisten hat, daher z. B. nicht an den Mündel, sondern an den Vormund. An den Procurator kann die Mahnung geschehen, wenn dieser das Geschäft geschlossen hat, also die Forderung gegen ihn stattfindet, außerdem nicht. Dagegen braucht umgekehrt die Mahnung nicht nothwendig vom Gläubiger zu geschehen, sie kann auch von einem Procurator, ja möglicherweise auch von einem negotiorum gestor ausgehen, insofern der Gläubiger sie ratihabirt.

---

2) Vgl. die Stellen der Note k und l des Lehrbuchs.

3) Vgl. L. 32. pr. D. de usuris (22, 1): Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libro XII epistolarum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris.

Das erste und zweite Erforderniß hat keine Ausnahme, wohl aber das dritte, d. h. es giebt Fälle, wo der Schuldner ohne wirkliche Interpellation in moram kommt, wo also ex re mora fit. Diese Fälle pflegt man so zu bezeichnen: lex interpellat pro homine. Siehe das Lehrbuch unter 1)—4); sie sind festgesetzt theils wo die Interpellation unmöglich (No. 1), theils wo sie nicht nöthig ist, um den bestimmten Willen des Gläubigers, die Zahlung zu empfangen, zu constatiren (No. 2 und 3), theils zu Gunsten gewisser Personen (No. 4).

Man hat dazu noch einen sehr wichtigen Ausnahmefall setzen wollen, durch welchen im Grunde die Regel zu einer ganz geringen Anwendung schwinden würde, indem man den Satz aufstellte: dies interpellat pro homine, ein Zahlungstermin soll die Mahnung unnöthig machen. Diese Meinung ist lange Zeit in der Praxis vorherrschend gewesen, doch war dieselbe schon von Alters her bestritten.[4] Die Ausnahme wird nirgends im geschriebenen Recht ausgesprochen. Man hat sich mit Unrecht auf L. 12. C. de contrah. stipul.[5] berufen, welche von der Conventionalstrafe handelt. Die Hauptveranlassung war die Vorstellung, mora sei überhaupt Verzögerung der Zahlung. Dagegen sind Stellen anzuführen, welche das Gegentheil enthalten. Vor Allem gehören dahin alle diejenigen, welche mit so großem Nachdruck die Interpellation voraussetzen; dies ist kaum denkbar, wenn eine solche die Regel fast zerstörende Ausnahme gelten würde. Ferner werden in einer Stelle[6] dies und interpellatio verbunden. Entschiedener wird der Satz ausgeschlossen durch die in der Note p des Lehrbuchs abgedruckten Stellen, welche in der That für sich hinreichen, die Theorie: dies interpellat pro homine zu widerlegen.

---

4) Vgl. die literarischen Nachweisungen in Note q des Lehrbuchs.

5) L. 12. C. de contr. stipul. (8, 38): Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes, sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipulatori vel alii, quem stipulator voluit, promiserit, et adiecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat, minime se posse ad evitandam poenam adiicere, quod nullus eum admonuit. Sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, quum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

6) L. 49. §. 3. D. de V. O. (45, 1): Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.

Dazu kommen noch innere Gründe. Man muß sich bei dieser Lehre immer gegenwärtig erhalten, daß besondere gesetzliche Nachtheile eintreten sollen, ohne daß alle Erfordernisse einer unerlaubten Handlung vorhanden sind. Dieser Mangel wird ergänzt durch eine Thätigkeit des Gläubigers, welche der Unterlassung des Schuldners erst jenen verletzenden Charakter giebt. Es muß der gegenwärtige Wille des Gläubigers entschieden vorhanden sein, wenn jene Nachtheile gerecht sein sollen. Diesen entscheidet aber ein länger vorher gesetzter Zahlungstermin nicht. Die ältere Theorie steht ferner im entschiedensten Widerspruch mit dem Erfordernisse der Interpellation, daß sie nicht vorzeitig geschehen darf; daraus ergiebt sich nicht bloß, daß auch bei einem dies eine Mahnung nöthig, sondern auch, daß der dies nicht selbst die Interpellation sein kann, denn diese Interpellation wäre ja durchaus eine unzeitige.

Die mora accipiendi entsteht durch Nichtannahme der vom Schuldner in gehöriger Art angebotenen Leistung, oder durch sonstige Hinderung derselben durch den Gläubiger. Die Erfordernisse dieser Mora sind also:

1) es muß an dem Gläubiger gelegen haben, daß die Leistung nicht geschehen konnte;

2) es muß nur an ihm gelegen haben; darin liegt a) daß der Schuldner die Leistung gerade so, wie jener sie fordern konnte, angeboten hat, b) daß von seiner Seite Alles vorbereitet war, was ohne den Gläubiger geschehen konnte, z. B. Einfinden am Zahlungsort. Nach Beschaffenheit der Leistung wird es sich entscheiden, ob der Schuldner schon durch s. g. oblatio verbalis, wörtliches Anerbieten, oder erst durch oblatio realis diesem Erforderniß genügt hat.

§. 270.

Die Mora wird aufgehoben

1) stets durch Aufhebung der Obligatio, von welcher sie nur ein Accessorium ist. Durch die Aufhebung der Obligatio werden auch die schon von der Mora erzeugten Wirkungen getilgt. So wird die Mora aufgehoben durch Novation;

2) für sich, purgatio morae. Die mora accipiendi wird durch Bereiterklärung des Gläubigers zum Empfang purgirt, nur wird dadurch die Mora nicht rückwärts getilgt, also der Gläubiger muß auch bereit sein, dem Schuldner das Interesse zu ersetzen.

Die mora solvendi wird durch Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung purgirt, der Schuldner muß thun, was dazu gehört, um den Gläubiger in moram zu versetzen. Aber auch hier sind die bisherigen Wirkungen anzuerkennen, daher tritt keine purgatio ein, wenn der Schuldner nicht auch den durch die bisherige Dauer der Mora entstandenen Zuwachs der Obligatio zu leisten bereit ist. — Auch Erlaß der Mora ist möglich, aber auch dieser erstreckt sich nicht nothwendig auf die bisherigen Wirkungen, z. B. wenn die Mora durch einen neuen Zahlungstermin erlassen wird, welchen der Gläubiger bewilligt.

Ein besonderer Fall ist noch die novatio sub conditione.[1] Diese Novation kann möglicherweise unter beide Aufhebungsarten zu 1) und 2) gebracht werden. Unter dem Gesichtspunkt der ersten wäre deficiente conditione die Mora nicht getilgt, wohl aber exsistente conditione, der zufällige Untergang nach der Novation wird also dort den Schuldner nicht befreien. Aber das Rechtsgeschäft ist doch immer als Aufschub der Leistung anzusehen, dem Gläubiger wird die Befriedigung (durch eine andere Obligatio) offerirt und er nimmt sie unter einer Bedingung an, es ist also eine purgatio morae, so gut als ein neuer Zahlungstermin, mag nun die Bedingung eintreten oder nicht. Daher muß man sagen, daß auch bei Deficienz der Bedingung doch die alte Mora weggefallen ist, nämlich durch den in der Verabredung der novatio sub conditione liegenden Aufschub.

Die purgatio morae geschieht regelmäßig durch einen Act, welcher den Gegner im Fall seiner Weigerung in moram versetzen würde. Die spätere Mora hebt die frühere nothwendig auf, da keine gleichzeitige Mora denkbar ist. Dennoch haben sich unsere Juristen lange mit der Einbildung einer gleichzeitigen Mora getragen und viel darüber gestritten. Einige haben sie compensiren, Andere in diesem Falle bloß eine mora accipiendi annehmen wollen. In der That ist die Voraussetzung ein Absurdum. Die Stellen, welche man dafür angeführt hat, sprechen von Fällen, wo beide Parteien allerdings in mora waren, aber nicht gleichzeitig. Zuletzt hat man wenigstens Einen Fall der gleichzeitigen Mora annehmen wollen: wenn nämlich ein bestimmter Erfüllungsort verabredet gewesen und keiner von Beiden

1) Vgl. Note bb des Lehrbuchs.

sich an demselben einfindet. Aber in diesem Fall ist keiner von beiden in mora. Denn man kann von keinem sagen, es habe bloß an ihm gelegen.

Ableugnung und Weigerung.

§. 271.

Siehe das Lehrbuch.

Durch Zufall.

§. 272.

Der Zufall kann

1) die Obligatio aufheben oder mindern, so namentlich der zufällige — gänzliche oder theilweise Untergang der geschuldeten Sache; davon siehe unten bei der Aufhebung der Obligatio; (§. 302)

2) die Obligatio erweitern, insofern er den Gegenstand der Forderung vergrößert. Die Vortheile, welche die Sache gewährt, heißen commodum rei (gegenüber dem periculum rei, Gefahr des Zufalls). Dieses commodum rei kommt bei der Forderung zur Sprache, insofern jene Vortheile in die Zwischenzeit zwischen der Entstehung der Forderung und der Erfüllung fallen.

Drei Arten von Commodum sind zu unterscheiden:

1) Commodum ex re, d. h. das durch die Sache gewährte und aus ihr selbst entspringende, so die Früchte und andere natürliche Accessionen der Sache. Von der Zeit an, wo der Gläubiger Anspruch auf die Leistung der Sache hat, fallen diese commoda ex re ihm zu, seine Forderung ist mit auf sie gerichtet. Der zufällige Umstand des Aufschubs der Leistung kann nicht bewirken, daß das Resultat ein anderes ist, als wenn geleistet worden wäre. Was von den natürlichen Früchten gilt, wollen die Meisten auch auf den Pacht- und Miethzins anwenden, weil dieser ja die Stelle der natürlichen Nutzung vertrete. Nun ist aber eine Stelle[1] entschieden dagegen, wenn nichts anderes ver-

---

1) L. 13. §. 11. D. de A. E. V. (19, 1): Si in locatis ager fuerit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat; idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur.

abredet ist. Und diese Entscheidung beruht auf gutem Grund. Der Schuldner z. B. der Verkäufer hat, so lange der Käufer nach geschehener Tradition den Pächter vertreiben kann, den Nachtheil von diesem Vertrage, welchen er geschlossen hat; insoweit ist es gerecht, daß er auch das commodum hat. Es wäre ungerecht, wenn der Käufer den Pachtzins bis zur Tradition bezöge, und nachher dem Verkäufer die Regreßklage des Pächters zuziehen könnte. Ein anderes ist es daher, wenn es sich um einen Pacht oder eine Miethe handelt, welche zur Zeit der Tradition schon beendigt ist; hier hat der Käufer ebenso gut wie auf die natürlichen Früchte, auf Pacht- und Miethzins Anspruch.[2]

Bestritten ist auch die Frage, wie es in Beziehung auf den Schatz, welcher auf dem geschuldeten Grundstück gefunden wird, zu halten sei. Die Hälfte des Schatzes, welche der Schuldner als Eigenthümer in Anspruch nimmt, gehört auch zu dem commodum ex re, diese Hälfte muß daher als solches dem Gläubiger gewährt werden. Eine andere Frage ist aber die hinsichtlich des Schatzes, welchen der Schuldner selbst gefunden hat. Hier muß behauptet werden: die singuläre Bestimmung, welche das natürliche Recht des Occupanten modificirt, kommt nicht zur Anwendung, weil ihre Voraussetzung ist, daß Occupant und Eigenthümer verschiedene Personen sind, und diese nicht eintritt, da Occupant

---

2) (Das Princip im Text beruht auf einer falschen Voraussetzung, und die gemeine Meinung ist festzuhalten; denn daß der Käufer nach der Tradition den Pachter vertreiben und insoweit dem Verkäufer die Regreßklage zuziehen kann, begründet kein Recht des Verkäufers auf den Pachtzins vor der Tradition. Zwar braucht der Käufer, abgesehen von der Veräußerung fiscalischer Pachtgrundstücke, die Pacht nicht auszuhalten L. 50. D. de iure fisci (49, 14), L. 9. C. de loc. (4, 65), L. 25. §. 4. D. sol. matr. (24, 3), wenn dies nicht im Kaufcontract bedungen ist, aber auch so weit er dem Pachter die Nutzung gutwillig läßt, gebührt ihm der Pachtzins und das Miethgeld, da er bei verpachteten und vermietheten Grundstücken die Gefahr des Untergangs nicht minder trägt, als bei unvermietheten. Erst wenn er den Pachter vertreibt und die Früchte selbst zieht, verliert er natürlich von da ab den Anspruch auf das Surrogat. Nach des Vfs. Meinung würde der Käufer zu dieser Vertreibung geradezu genöthigt werden, während gerade umgekehrt die Vertreibung und Regreßklage des Pachters vermieden werden soll: cit. L. 50. D. de iure fisci (49, 14): colonum percipere eos (sc. fructus universos) debere: emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset. Vgl. cit. L. 25. §. 4. D. sol. matr. (24, 3). — Die Stelle in Note 1: L. 13. §. 11. D. de A. E. V. (19, 1) ist daher dem Zusammenhange nach entweder von schon fälligen Pachtzinsen (nach §. 10. eod.) oder (nach §. 12. und 13. eod.) dahin zu erklären, daß das Recht auf den Pachtzins bei nicht fiscalischen Veräußerungen, abgesehen von besonderer Verabredung, dem Verkäufer bleibt, dieser aber dem Käufer die Klage abtreten muß. A. d. H.)

und Eigenthümer nicht verschiedene Personen sind. Es entsteht gar keine Forderung auf die Hälfte, und darum kann auch nicht von ihrer Devolution an den Gläubiger die Rede sein.[3]

2) Ein Vortheil, welchen der Schuldner sich mittelst der Sache anderswoher verschafft hat, so durch Verkauf der Sache (commodum ex negociatione). Auf diesen Vortheil könnte der Gläubiger nur Anspruch haben, wenn der Schuldner als Repräsentant seiner oder der Sache angesehen werden könnte. Diese Betrachtung findet statt bei dem Verkauf einer Erbschaft, nicht einer einzelnen Sache. Der Schuldner leistet also nach wie vor die Sache oder ihren Werth, keineswegs den besonderen Gewinn, der ihm durch seine Negociation geworden ist.

3) Zweifelhaft kann erscheinen, ob der Vortheil aus Klagen gegen einen Dritten, der aus einer an der Sache begangenen unerlaubten Handlung haftet, zu 1) oder 2) gehört. Auch die römischen Juristen scheinen darüber nicht einig gewesen zu sein, ob man diesen Vortheil wie ein commodum ex re, oder ex negociatione behandeln müsse, ob es also dem Gläubiger oder dem Schuldner zu Gute komme.[4] Die Frage ist so zu entscheiden: ist der Schuldner ungeachtet dieses Schicksals der Sache doch schlechthin haftbar, so daß ihn also das periculum trifft, so ändert sich der Gegenstand der Forderung nicht, wenn es gleich dem Gläubiger den Umständen nach vortheilhafter wäre, die Cession der Klage zu fordern. So wie jener Umstand die Forderung des Gläubigers nicht mindert, so ist es auch billig, daß er sie nicht vermehrt, wenn etwa der Schuldner nun mehr bekommt, als die Sache werth ist. Anders ist es, wenn der Schuldner in einem solchen Fall nur auf das belangt werden kann, was er hat, also nur auf Cession seiner Klagen. Hier hat der Gläubiger dieses Recht, nicht bloß wenn es dem Schuldner, sondern auch

---

3) („Subtil, aber dennoch inconsequent!" sagt Arndts, Lehrbuch der Pandecten §. 253 Anm. a. E. S. 391 von dieser Entscheidung. Mit Recht: da der Gläubiger die Abtretung des Grundeigenthums fordern kann, so ist es so gut als ob der Schuldner den Schatz auf fremdem Boden gefunden hätte, die Personeneinheit des Occupanten und Eigenthümers hindert also die Entstehung und Devolution der Forderung auf die Hälfte, welche der Schuldner als Eigenthümer ansprechen kann, auch in diesem Fall nicht: L. 7. §. 12. D. sol. matr. (24, 3): Si fundum viro uxor in dotem dederit — si thesaurus fuerit inventus (sc. a viro) in fructum — non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur quasi in alieno inventi. A. d. H.)

4) Vgl. Note f des Lehrbuchs.

wenn es ihm vortheilhafter ist, [denn er trägt das periculum, muß also auch den Vortheil haben]. Also die Eigenschaft des commodum entscheidet hier nicht, sondern der Einfluß des Schicksals, das die Sache trifft, auf die Forderung, also bloß die Frage, wer das periculum rei trägt.

Stellvertretung bei der Entstehung von Obligationen.

§. 273.

Der Eintritt in Rechtsverhältnisse durch Handlungen Anderer, also dadurch, daß Andere die Handlungen vornehmen, welche den Eintritt bilden, setzt, wo er überall möglich ist, ein Repräsentationsverhältniß voraus: entweder ein nothwendiges, welches erzeugt wird durch ein Recht an der Person des Repräsentanten, vermöge dessen die Thätigkeit des Unterworfenen in dieser Beziehung für die des Berechtigten gilt, oder ein freies, welches durch Auftrag oder Amt begründet wird, vermöge dessen der Repräsentant für den Dominus handelt.

Das römische Recht beschränkt den Erwerb durch Repräsentanten, siehe oben. Im späteren Recht finden wir bei freien Repräsentanten den Unterschied gemacht, ob der Erwerb civiliter oder naturaliter geschieht. Unter diesem Naturalerwerb wird aber der Besitzerwerb mit seinen weiteren Folgen verstanden, welcher durch freie Repräsentanten geschehen kann.

Es entsteht nun die Frage: wie verhält es sich in Beziehung auf diesen Erwerb durch Handlungen Anderer bei den Obligationen, namentlich bei der Entstehung durch Verträge? Kann ein Repräsentant für uns den Vertrag schließen, so daß wir unmittelbar daraus berechtigt werden, wie wenn wir ihn selbst geschlossen hätten?

Unbestritten verwirft das ältere römische Recht diese Repräsentation mit dieser unmittelbaren Wirkung. Viele glauben, diese Ausschließung sei eine Eigenthümlichkeit des Jus Civile und seiner Formen. Daraus ziehen sie den wichtigen Schluß: 1) schon im späteren römischen Recht gelte der Satz nicht für die obligationes iuris gentium; man könne daher keine Stipulation, aber einen Kauf durch Procuratoren schließen; 2) für das heutige Recht gelte diese Beschränkung gar nicht mehr; nach diesem

könne man unmittelbar Obligationen für Andere schließen (Verträge auf den Namen eines Dritten, Nichtcontrahenten stellen).

Dies ist eine durchaus unrichtige und für die rechte Beurtheilung der Verhältnisse sehr gefährliche Theorie. Die Zurückweisung der unmittelbaren Repräsentation hat in dem Wesen der Obligatio ihren Grund, in der engen Verknüpfung der Obligatio mit den Personen, welche ebenso auch eine Singularsuccession in Obligationen ausschließt, (beides steht und fällt mit einander). Das römische Recht macht keinen Unterschied zwischen civiles und naturales obligationes.[1] Man hat die L. 11. D. de O. et A. (44, 7) von einem Fall verstehen wollen, wo kein Repräsentationsverhältniß, kein Mandat vorliegt; dadurch würde sie ganz trivial und überdies höchst ungeschickt werden, weil gerade das entscheidende Moment verschwiegen wäre. Ebenso müssen wir diesen Grundsatz festhalten, obwohl unser Recht sonst der Repräsentation geneigter ist, als das römische.

Die Obligatio entsteht dadurch, daß in einer Person einer der obligatorischen Gründe eintritt, welcher sie zum Gläubiger oder Schuldner macht. Obligationen entstehen durch Verträge, aber nur unter denjenigen, unter welchen sie geschlossen sind, sie entstehen durch erklärte Uebereinstimmung der Willen, es muß also zwischen Gläubiger und Schuldner die Uebereinstimmung der Willen vorhanden und erklärt sein. Würde nicht der Procurator, welcher den Vertrag schließt, sondern der Dominus Gläubiger, so würde diese Obligatio nicht durch einen Vertrag entstanden sein, denn diejenigen Personen, zwischen welchen die Obligatio existirt, hätten den Vertrag nicht geschlossen, und die den Vertrag geschlossen, wären nicht in der Obligatio. Daß aber Obligationen durch Vertrag entstehen, hat nicht den Sinn, daß irgend ein Vertrag dazu gehöre, sondern ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und Schuldner.

1) L. 73. §. 4. D. de R. I. (50, 17): Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. L. 11. D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. (Ueberdies ist es unrichtig, die Stipulation als eine obligatio iuris civilis zu betrachten, sie ist vielmehr in allen Fällen mit Ausnahme eines einzigen (spondesne? spondeo) ein contractus iuris gentium: Puchta, Cursus der Inst. Bd. 3. §. 273. g. A. d. H.)

Etwas anderes ist es, wenn eine Mittelsperson intervenirt, ohne daß sie das Subject des Vertrages, die Vertragschließende ist. Dahin gehört ein Unterhändler, Mäkler, der durch seine Bemühungen die Contrahenten äußerlich und ihrem Willen nach zusammen bringt, ferner ein bloßer Bote als Träger fremder Erklärung, gleich einem Brief. Dies ist keine Erwerbung oder Verpflichtung durch Repräsentanten.

Daß jemand durch seine obligatorischen Handlungen einem Anderen eine Forderung erwirbt, kann geschehen:

1) dadurch, daß der Handelnde zu dem Anderen in einem nothwendigen Repräsentationsverhältnisse steht, vermöge dessen, was jener erwirbt, dieser durch ihn erwirbt. Vermöge der Gewalt geht die Forderung durch jenen sofort hindurch auf diesen;

2) dadurch, daß der Handelnde durch ein freies Repräsentationsverhältniß verpflichtet wird, die Forderung, welche er allerdings zunächst erwirbt, durch Cession auf den Anderen zu übertragen.

Dies reicht vollkommen für das Bedürfniß aus. Das Princip, welches dabei festgehalten wird, und das allein eine bestimmte richtige Feststellung des Verhältnisses möglich macht, ist, daß die Obligatio durch den Repräsentanten hindurch geht.

Die Möglichkeit, einen Anderen durch obligatorische Handlungen zu verpflichten, wird dadurch herbeigeführt, daß gewissen Verhältnissen eine verpflichtende Kraft beigelegt wird: Gewalt, Auftrag, Amt.

Erwerb von Forderungen.

1. Durch nothwendige Repräsentanten.

§. 274.

Der Grundsatz: wir werden nicht Gläubiger durch den Contract eines Anderen, erleidet eine Modification, wenn wir in einem Rechtsverhältniß zu dem Contrahenten stehen, welches die Nothwendigkeit eines Erwerbs durch ihn in sich schließt.

In einem solchen Verhältniß steht der Erbe zum Erblasser, dessen Person er fortsetzt; siehe das Lehrbuch.

Ferner der Vater zu dem Sohn, der in seiner väterlichen Gewalt steht.

Der Sohn erwirbt die Forderung, welche er erwirbt, dem Vater, er mag Befehl dazu gehabt haben, oder nicht, er mag ausdrücklich den Vertrag auf den Namen seines Vaters gestellt haben oder nicht. Nicht durch den Befehl, sondern als Sohn ist er Repräsentant des Vaters, die väterliche Gewalt ist der Grund des Erwerbs. Dies ist im neueren Recht, wonach der Sohn auch für sich erwerben kann, sehr modificirt, doch nicht aufgehoben:

1) wo die Forderung durch das Vermögen des Vaters vermittelt wird, also der Sohn ex re patris erwirbt, gilt jene Repräsentation noch vollkommen. Dies ist auch stets anzunehmen, wenn der Sohn auf Befehl des Vaters handelt, oder wenn der andere Contrahent den Willen hat, in der Person des Sohnes den Vater zum Gläubiger zu machen, z. B. durch ein Schenkungsversprechen sich dem Vater zu verpflichten;

2) außerdem erwirbt der Sohn dem Vater regelmäßig Genuß und Verwaltung, also hat der Vater die Klagen aus den Contracten des Sohns. Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Erwerb unter die bona castrensia, quasi castrensia, adventicia extraordinaria fällt.

In jenen Fällen erwirbt der Vater, wie wenn er selbst contrahirt hätte. Dennoch geht die Forderung durch den Sohn als den eigentlichen Contrahenten hindurch, freilich ohne auch nur einen Moment bei ihm anzuhalten, und sich zu einem Recht, das er hätte, zu gestalten. Aber der Sohn ist doch der eigentliche Contrahent, und dieß ist noch immer von Wichtigkeit. Daher wenn ein Irrthum der Gültigkeit des Vertrags entgegensteht, kommt es lediglich auf das Wissen des Contrahenten, also des Sohns an. Ebenso wenn ein Anspruch aus dem Nichtwissen eines Umstandes abgeleitet werden soll, z. B. wenn der Vertrag wegen Mängel der Sache angefochten wird. Das Wissen des Sohnes schadet dem Vater, das Wissen des Vaters dagegen schadet nicht, ausgenommen wenn er den wissentlichen Befehl gegeben, oder den Vertrag zugelassen hat, wo er das Geschäft hätte hindern können.

2. Durch freie Repräsentanten.

§. 275.

Der Hauptfall der freien Repräsentation ist der einer Bevollmächtigung durch Mandat.

Man kann einen Vertrag durch einen Procurator schließen lassen: aber nicht so, daß man direct daraus Gläubiger wird, wie wenn man den Vertrag selbst geschlossen hätte. Denn der Procurator ist der wirkliche Contrahent, dadurch unterscheidet er sich von dem Boten. Als Contrahent muß der Procurator zunächst Gläubiger werden, der Mandant wird es durch eine Cession, zu der jener verpflichtet ist, und die sofort als geschehen angenommen werden kann: siehe unten die Lehre von der Cession. Ob der Procurator offen als solcher contrahirt hat oder nicht, hat auf diese Entscheidung keinen Einfluß, nur daß in jenem Fall der Schuldner von dem Verhältniß, und damit von der stillschweigenden Cession benachrichtigt ist.

Wo es sich um Irrthum und Unkenntniß handelt, kommt zunächst nur die Person des Procurators in Frage. Ein Anspruch, der Nichtwissen eines Umstandes voraussetzt, wird durch das Wissen des Procurators ausgeschlossen, durch das Nichtwissen desselben begründet. Das Wissen des Dominus schadet nicht, sein Nichtwissen nützt nicht. Dieser Grundsatz hat Ausnahmen:

1) Das Wissen des Dominus schadet, wenn er einen speciellen, wissentlichen Auftrag gegeben, und der Procurator als solcher contrahirt hat, so daß der Schuldner ohnehin gegen eine Klage von Seiten des Procurators gesichert ist.

2) Das Nichtwissen des Dominus nützt ihm, wenn der Schuldner sich nicht gegen ihn auf das Wissen des Procurators berufen kann, und dies ist der Fall bei einem betrüglichen Einverständniß zwischen ihnen. Von diesem besonderen Fall ist L. 17. D. de lib. causa[1] zu verstehen, in welcher man einen unauflöslichen Widerspruch mit anderen Stellen angenommen hat. Die bisherigen Versuche der Vereinigung sind allerdings nicht

---

1) L. 17. D. de lib. causa (40, 12): In servo et in eo, qui mandatu nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit, et non competet ei (lies: mihi. A. d. H.) actio. Contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.

gelungen, z. B. die Ergänzung von Mühlenbruch: deneganda sc. actio adversus procuratorem. Dies ist eine undenkbare Aposiopesis. Aber ist obige Erklärung nicht auch eine willkührliche Supposition? Dies würde der Fall sein, wenn von einem gewöhnlichen Mangel die Rede wäre, ungeachtet dessen der Verkäufer und Procurator bona fide hätten contrahiren können. Dies ist nicht möglich bei einem freien Menschen, der als Sclave ausgegeben wird. Denn wenn er frei ist, ist er gar nicht ein möglicher Gegenstand des Contracts, ein Contrahiren bona fide ist hier nicht möglich.[2]

Diese Grundsätze von dem Procurator sind auch auf die Repräsentanten anzuwenden, die es durch ein Amt sind, auf Vormünder und Vorsteher einer juristischen Person.

Dem scheint entgegen eine Stelle des Codex[3] (von Diocletian). In den allermeisten Fällen wird das Rechtsgeschäft des Vormunds für den Mündel durch das Vermögen dieses vermittelt werden: beim Darlehen, Constitutum, Novation, Proceßführung, ferner Verpachtungen, Kaufvertrag ꝛc. In diesen Fällen soll diese Grundlage des Vertrags sogar den Willen des Vormunds, für den Mündel zu handeln, ersetzen, d. h. der Mündel soll die Klage erhalten, auch wenn der Vormund für sich handeln will; dieser wird also als unfreiwilliger Repräsentant des Mündels angesehen. Auf diese Fälle wurde ursprünglich die utilis

---

2) (Der Supposition des Verfassers steht entgegen, daß die prätorische Strafklage, um die es sich handelt, nicht gegen den Verkäufer, sondern gegen den verkauften freien Menschen zusteht, das etwaige Einverständniß des Procurators mit dem Verkäufer also völlig unerheblich sein würde. Vgl. L. 14, L. 20. §. 4, L. 21. D. de lib. causa (40, 12). In der That bestand über den Einfluß des Wissens des Stellvertreters eine Controverse unter den römischen Juristen, die jedoch auf das Gebiet jener Strafklage beschränkt war. (L. 16. §. 3. D. eod.) Ulpian nimmt an: durch das Wissen des Procurators werde der Anspruch des redlichen Dominus ausgeschlossen, er denkt sich (freilich nicht ohne Widerspruch mit sich selbst: L. 16. §. 1. D. eod.) Jenen als den eigentlichen Käufer; da nun die Voraussetzung der Klage ist, daß der Käufer die Freiheit des als Sclaven verkauften Menschen nicht kannte, so erwerbe der Procurator keine Klage und könne daher auch dem Dominus keine cediren. Vgl. L. 16. §. 2. 3., L. 22. §. 5. D. eod. Paulus dagegen läßt die Strafklage, welche nach den Worten des Edicts dem Käufer gegeben wird, deshalb zu, weil als solcher auch der gilt, welcher durch einen Stellvertreter kauft (cit. L. 17. eod.), vorausgesetzt, daß er unwissend kauft, da der wissentliche Kauf eines freien Menschen juristisch kein Kauf ist (L. 4. 34. §. 2. D. de C. E. (18, 1), — woraus denn von selbst folgt, daß der nicht wissende Dominus selbst ohne ein betrügliches Einverständniß seines Procurators die Klage hat. A. d. H.)

3) L. 5. (ult.) C. quando ex facto tut. (5, 39): Per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest.

actio des Pupillen beschränkt; hier tritt der Vormund am eigentlichsten in seinem Amt als Administrator des Vermögens auf. Dagegen bei einem von einem Anderen gemachten Schenkungsversprechen schien dies nicht Bedürfniß; [darum sagt der Kaiser, nur in bestimmten Fällen werde dem Mündel die utilis actio gegeben]. Vielleicht aber hat der Kaiser auch den Fall einer Stipulation im Auge, welche, wenn der Vormund selbst stipulirt hatte und die Stipulation auf den Namen des Pupillen gestellt war, ungültig sein mußte. [Für das heutige Recht gilt der Vormund, wenn er für den Mündel handelt, ganz wie ein Procurator.]

§. 276.

Siehe das Lehrbuch.

Verpflichtung.

1. Durch nothwendige Repräsentanten.

§. 277.

Bei Abschließung eines Vertrages verpflichtet der Contrahirende sich, nicht einen Anderen; eine Ausnahme hiervon macht nur der Erbe, welcher in die Passiva, wie in die Activa seines Erblassers succedirt.

Aber es giebt Gründe, welche zur Klage gegen einen Anderen als den Contrahenten berechtigen. Drei Classen von Fällen müssen unterschieden werden: 1) diejenigen, welche bloß auf das Verhältniß der Gewalt sich beziehen (§. 277.), 2) solche, welche auf Gewalt und freie Repräsentation (§. 278.), und 3) solche, welche bloß auf freie Repräsentation sich beziehen (§. 279.).

Ein Filiusfamilias kann nicht bloß sich verpflichten wie ein Paterfamilias, sondern auch belangt werden.

Nur ausnahmsweise wird er lediglich naturaliter obligirt. Hat nun der Filiusfamilias kein selbstständiges Vermögen, so fehlt es an einem Befriedigungsobject. Deshalb ist es für den Gläubiger von Wichtigkeit, wenn auch der Vater belangt werden kann. Der Vater haftet aber nicht als Vater schlechtweg den Klagen, welche gegen den Sohn zustehen. Nur bei Delicten fand im älteren Recht eine Ausnahme statt, die actio noxalis,

wobei der Vater zur Vertretung des Sohnes verpflichtet war. Das justinianische Recht hat diese Klage zugleich mit der noxae datio verworfen.

Ein hinzukommender Grund aber kann bewirken, daß die Geschäftsobligationen des Sohnes gegen den Vater geltend gemacht werden können, theils theilweise, theils sogar in solidum. Diese Klagen heißen actiones adiectitiae qualitatis. Man muß sieben Fälle unterscheiden, von denen fünf hierher, zwei in den folgenden Paragraph gehören.

1) Actio quod iussu. Der Vater haftet in solidum aus dem Geschäft, zu welchem er den Befehl gegeben hat; dieselbe Folge hat auch die nachherige Ratihabition. Der Befehl kann auch an den anderen Contrahenten erklärt sein (nicht gegeben, denn ein Befehl ist nur an den subiectus denkbar); ein Auftrag an diesen ist zugleich Befehl an den Sohn, vorausgesetzt daß die Erklärung des Vaters nicht eine bloße Intercession ist, siehe nachher. Man streitet darüber: wessen Angelegenheiten das Geschäft betreffen müsse, damit die actio quod iussu Statt haben könne? Es giebt drei verschiedene Meinungen: a) das Geschäft müsse die Angelegenheiten des Vaters, b) es dürfe nur die des Sohnes betreffen, c) es sei gleichgültig, auf wessen Angelegenheit es sich beziehe. Die Entscheidung ist folgende: Wenn der Sohn in Rücksicht auf Güter, auf welche der Einfluß der väterlichen Gewalt sich nicht erstreckt, contrahirt, so findet die actio quod iussu keine Anwendung. Dagegen findet sie Anwendung, wenn das Geschäft für ein peculium concessum unternommen wird, oder sonst im Interesse des Vaters. Dies letztere ist aber stets anzunehmen, wenn ein Befehl vorliegt, eben wegen des Befehles, wodurch der Vater die Angelegenheit zu seiner eigenen macht. Etwas Anderes ist die Intercession des Vaters für den Sohn. Ein Zweifel über die Intention ist quaestio facti und muß durch Interpretation des Geschäfts entschieden werden; einen Anhalt giebt dabei eben das Interesse. Hat der Vater erweislich keines, so wird der Auftrag an den Sohn stets als Intercession zu betrachten sein, hat er aber ein Interesse, dann kann der Auftrag Intercession oder iussus sein. — Man darf aber nicht vergessen, daß wenn auch die actio quod iussu begründet ist, der Sohn doch immer der erste Schuldner bleibt und durch die Haftung des Vaters nicht befreit ist. Nur unter solchen Um-

ständen, unter welchen auch der Procurator als befreit anzusehen ist, ist es der Sohn ebenfalls; siehe unten.

2) Klage wegen Dolus. (Actio de eo quod dolo malo patris captus fraudatusque actor est.) Wenn der Vater doloser Weise die Veranlassung zur Benachtheiligung des Gläubigers durch den Sohn gegeben hat, so kann gegen ihn eine Klage wegen Dolus angestellt werden. Diese Klage ist suppletorisch, und während beim iussus das Rechtsgeschäft der obligatorische Grund war, ist es hier die widerrechtliche Handlung des Vaters.

In den übrigen Fällen wird die Klage gegen den Vater durch Zustände begründet.

3) Actio de in rem verso. Wenn dem Vermögen des Vaters aus dem Geschäft, aus welchem geklagt wird, ein Zugang geworden ist, so haftet derselbe auf den Betrag dieses Zuganges. Die Klage setzt aber ein in rem patris versum, welches unmittelbar geschehen ist, voraus; sie findet daher nicht statt wegen des Zuganges, welcher durch das Geschäft zu dem Peculium geschehen ist. Dieses letztere bleibt hier ganz außer Ansatz, wie denn auch jene Klage da stattfindet, wo gar kein Peculium vorhanden ist, z. B. das Peculium ist untergegangen, die actio de peculio ist sonst erloschen. Der Zugang muß ferner ein wirklicher sein, ein solcher ist aber nicht bloß eine positive Vermehrung des Vermögens des Vaters, sondern auch Ersparung eines Aufwandes, z. B. Bezahlung eines Gläubigers des Vaters; ja auch die Bezahlung eines Nichtgläubigers kann eine versio in rem sein, insofern dadurch der Vater die condictio indebiti erhält; dahin gehört ferner die Reparatur, welche der Sohn vornimmt, nicht ein bloßer Ornatus, wenn die Verzierung nicht mit dem Willen des Vaters geschieht, (weil hier ebenfalls ein Aufwand erspart wird).[1] — Wenn diese Klage und zugleich die actio de peculio begründet ist, so soll jene vor allem untersucht werden, die andere nur in subsidium dienen, und darauf, was mit jener nicht zu erlangen ist, angestellt werden. Dieser Grundsatz ist auch namentlich dann wirksam, wenn der Sohn mehrere

---

1) (Aus demselben Grunde kann als in rem versum gefordert werden, was zu verschwenderischen oder selbst schädlichen Ausgaben dargeliehen ist, welche der Vater beabsichtigte. Vgl. L. 3. §. 6. D. de in rem verso (15, 3). Wegen der nicht consentirten Verzierungen hat der Gläubiger ein ius tollendi. Vgl. L. 3. §. 4. D. eod. A. d. H.)

Gläubiger sich gegenüber hat, von denen einige bloß auf die actio de peculio angewiesen sind.[2]

4) Actio de peculio. Wenn der Vater dem Sohne ein Peculium gegeben hat, zu mehr oder weniger beschränkter oder unbeschränkter Verwaltung, so haben die Gläubiger Anspruch auf dasselbe als Befriedigungsobject. Die Klage geht gegen den Vater, weil dieser Herr des Peculiums ist. Der Grund der Klage ist lediglich die concessio peculii, ein etwaiges Verbot, mit dem Sohn zu contrahiren, hat daher keinen Einfluß. Nur darf man nicht an die Güter denken, welche man wohl sonst noch als Peculium bezeichnet, bona castrensia, adventitia, an welchen der Vater kein Eigenthum hat.

Die Gränze der Forderung bildet das Peculium; hat aber der Vater freiwillig mehr bezahlt, als dieses beträgt, so steht ihm die condictio indebiti nicht zu. Die Größe des Peculiums bestimmt sich nach der Zeit der Sentenz gegen den Vater. Es wird vermehrt durch das, was dolo molo patris factum est quo minus in peculio sit, vermindert durch Forderungen des Vaters, oder eines Dritten, dem der Vater haften muß; der Vater zieht dies vorweg ab.

Klagen aus Delicten können nur angestellt werden auf die Vermehrung des Peculiums durch das Delict. Diese Beschränkung gilt aber nur für die Delictsklage selbst, nicht für die actio iudicati in Folge eines Delictsprocesses. — Der nicht befriedigte Gläubiger kann aucto peculio wieder klagen.[3] Die Klage aber

2) (Vgl. §. 4. J. quod cum eo (4, 7): iudex — ante dispicere solet, an in rem domini versum sit; nec ante aliter ad peculii aestimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur aut non totum. Dieser Grundsatz hängt aber wesentlich mit der formula de peculio aut de in rem verso zusammen, welche Eine Intentio, aber zwei Condemnationen (duntaxat de peculio quodve in rem patris versum sit) hatte, mithin von selbst eine Cumulation beider Klagen enthielt (Gai. lib. IV. §. 74., L. 16. 17. §. 1., L. 19. D. de in rem verso (15, 3), eine Einrichtung, welche nothwendig war, weil sonst nach fruchtlos versuchtem Beweise der in rem versio nach altem Prozeßrecht die actio de peculio durch Consumtion ausgeschlossen wäre. Im heutigen Proceß kommt es darauf an, ob und in welcher Art beide Klagen gehäuft sind. A. d. H.)

3) (Vgl. L. 30. §. 4. D. de peculio (15, 1). Dennoch braucht der Vater nicht wegen Nachzahlung zu caviren (L. 47. §. 2. D. eod.). Man hat dies mit der Proceßconsumtion in Verbindung bringen wollen, die in der ersten Stelle durch Interpolation beseitigt, in der zweiten dagegen noch anerkannt sei (Francke, im Archiv für civ. Pr. Bd. XXIII. (1840) S. 400. Note 22. S. 420). Dies würde aber jene Caution nur um so mehr nothwendig machen. Der wahre Grund ist ein materieller, von jenem alten Proceßgrundsatze unabhängiger:

erlischt ein Jahr nach Aufhebung der väterlichen Gewalt, z. B. durch Tod des filiusfamilias, (wofern nicht ohnehin eine kürzere Verjährungsfrist eintritt). Während dieses Jahres wird das Peculium so behandelt, wie es der Sohn hatte, hinsichtlich specieller Sachen, mit Rücksicht auf spätere Vermehrungen oder Verminderungen.[4]

5) Actio tributoria. Diese Klage bezieht sich auf den Theil des Peculiums, welcher mit Wissen des Vaters zu einem von dem Sohne betriebenen Handelsgeschäft verwendet worden ist. Es gehören dazu die vorhandenen Waaren, der Apparat und das Mobiliar zum Betrieb, das durch den Handel Erworbene. Die Klage steht den Gläubigern zu, die es in Beziehung auf dieses Geschäft geworden sind. Sie haben Anspruch auf Befriedigung aus dieser Masse in rechtlicher Ordnung durch den Vater. Weigert sich derselbe, oder verletzt er dabei die Gläubiger, so haben die Gläubiger, welche weniger als ihnen gebührt erhalten haben, jene Klage auf das ihnen bei richtiger Theilung Gebührende. Die Klage gründet sich auf einen Dolus, sie geht daher, wie andere Klagen, aus einem Delict, gegen die Erben nur in id quod ad eos pervenit.

Der Vortheil dieser Klage vor der actio de peculio besteht a) darin, daß der Vater wegen seiner Forderung auch nur dieselben Rechte wie ein anderer Gläubiger hat; b) in der Ausschließung anderer Gläubiger, die nicht Handelsgläubiger sind, von der Befriedigung aus der Masse, so lange bis die letzteren befriedigt worden sind, diese haben also ein Separationsrecht. Sind mehrere Handlungen von dem Sohne getrennt geführt worden, so haben die Gläubiger aus jeder wiederum ein Separarationsrecht hinsichtlich der übrigen.

§. 278.

Zwei actiones adiectitiae qualitatis gelten sowohl für das Verhältniß der väterlichen Gewalt als auch für das der freien Repräsentation.

---

der Vater ist nicht (wie etwa der Socius, der in quantum facere potest verurtheilt wird) das Ganze schuldig. A. d. H.)

4) (Der Verfasser hat ohne Zweifel den Grundsatz der L. 3. D. quando de pec. (15, 2) im Sinne, daß das Peculium, obgleich es mit Aufhebung der väterlichen Gewalt eigentlich aufgehört hat, gleichwohl während dieses Jahres sowohl in Rücksicht seines Bestandes, wie des möglichen Ab- und Zugangs als forterististirend behandelt wird. Der ohnehin knappe Ausdruck dieses Satzes würde aber total unverständlich werden, wenn man mit Parbs a. a. O. S. 80. noch das Komma hinter „Sachen" streichen wollte. A. d. H.)

Sie beziehen sich auf den Fall, daß ein Gewerbsherr einen Gewerbsführer angestellt hat. Dieser Gewerbsführer, dem die Leitung des Gewerbs übertragen ist, heißt Factor, institor. Ein Fall ist besonders ausgezeichnet, der der Schifferei; der Gewerbsherr heißt hier Schiffsrheder (nicht wesentlich ist, daß er Eigenthümer des Schiffes sei) exercitor navis, der Gewerbsführer, Schiffer, magister navis.

Der Gewerbsherr wird durch die Geschäfte des Gewerbsführers als solchen verpflichtet und zwar in solidum, sowohl wenn dieser seiner Gewalt unterworfen, als wenn er eine gewaltfreie Person ist. Die gegen den Gewerbsherrn zuständigen Klagen heißen: actio institoria und exercitoria. Voraussetzungen derselben sind:

1) Geschäft des Gewerbsführers. Nur aus diesem kann geklagt werden, aber auch aus Geschäften des Substituten, welchen der Gewerbsführer sich bestellt hat, wofern er dazu berechtigt ist. Berechtigt aber ist er gemeinrechtlich, wenn es ihm nicht verboten ist. Die nachtheilige Ausübung dieses Rechts macht ihn dem Principal verpflichtet; dies hat aber auf die Verbindlichkeit desselben aus dem Geschäft des Substituten, gegenüber Dritten, keinen Einfluß, (wie ja überhaupt der Principal nicht bloß haftet, wenn der Institor pflichtmäßig verfahren hat). Nur im Fall des Verbots ist die Substitution ohne Kraft. Aber auch hier wird eine Ausnahme für einen Nothfall gemacht, nämlich da, wo die Unterlassung der Substitution für das Gewerbe verderblich gewesen wäre.

Die Eigenschaft des Gewerbsführers hört auf durch Aufhebung des Mandats. Zu dieser muß aber noch eine Kundmachung hinzukommen, wenn sie gegen Dritte wirken soll. Daher hört sie auch nicht auf durch den Tod des Principals. Auch wenn der Dritte diesen Tod weiß, kann ja die Anstellung durch die Erben fortgesetzt sein, und dies muß er vermuthen, so lange der Gewerbsführer noch im factischen Betriebe des Geschäfts gelassen ist.

2) Geschäfte, nicht Delicte. Etwas anderes ist die Modification der Obligatio durch unerlaubte Handlungen, für diese haftet der Gewerbsherr ebenso gut wie für den ursprünglichen Gegenstand der Klage.

3) Geschäfte, welche zu dem Amt des Gewerbsführers gehören. Den Kreis dieser Geschäfte bestimmt die lex praepositionis, die Vollmacht, welche dem Gewerbsführer ertheilt ist, Procura. An sich sind alle Geschäfte darunter begriffen, welche unter den Begriff einer solchen Anstellung fallen. Besondere Ausnahmen, welche nicht zu vermuthen sind, müssen bekannt gemacht werden. Ebenso spätere Modificationen der Procura, so wie die gänzliche oder theilweise Zurücknahme derselben; siehe oben.

4) Der Gewerbsherr, von welchem die Anstellung geschehen ist, kann belangt werden, (desgleichen seine Erben). Sind es mehrere, so haften sie solidarisch. Bei einem Filiusfamilias, der mit dem Willen des Vaters exercitor ist, haftet auch der Vater.

Der allgemeine Grundsatz, daß der Contrahent Schuldner wird, ist durch die Haftung des Principals in solidum nicht aufgehoben. Der Gläubiger hat also die Wahl, ob er seinen Contrahenten mit der actio directa, oder den Gewerbsherrn mit der actio exercitoria oder institoria belangen will. Insofern jener belangt wird, kommen seine persönlichen Qualitäten z. B. Minderjährigkeit zur Sprache und schützen ihn; nicht aber kann sich der Gewerbsherr darauf berufen.

Diese Haftung des Gewerbsführers will man gewöhnlich folgendergestalt einschränken: a) unbedingt hafte er, wenn er seine Vollmacht überschritten habe; b) wenn dagegen die actio institoria begründet sei, hafte er nicht auf Befriedigung aus seinem eigenen Vermögen, sondern auf Verschaffung der Befriedigung durch den Principal, und werde durch dessen Insolvenz befreit. Diese Grundsätze können particuläres Gesetz oder Gewohnheitsrecht sein. Unrichtig ist es, sie aus dem römischen Recht ableiten zu wollen. Man will sie begründen durch L. 4. pr. D. de re iudic.,[1] welche aber nur sagt, daß der Proceßprocurator nicht der actio iudicati unterworfen sei. Dies ist auf den erwähnten Fall zu beschränken, sonst würde es zu viel beweisen, nämlich daß gar keine Klage gegen den Geschäftsführer,

---

1) L. 4. pr. D. de re iud. (42, 1): Si se non obtulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur; si se obtulit, in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur non is, qui in rem suam procurator datus sit; nam hic alia ratione recusare actionem non potest, quia hic non in alienam, sed in suam rem procurator factus est.

auch nicht auf Beschaffung der Befriedigung zulässig wäre. Ferner hat man jene Meinung durch L. 11. §. 7. D. de instit. act.[2] begründen wollen, wo von dem Verhältniß der actio institoria und tributoria die Rede ist. Man hat dies so verstanden, als ob die tributoria die Klage gegen den Institor wäre auf Befriedigung aus dessen Vermögen. Dies ist ganz falsch, denn die actio tributoria ist ja auch eine Klage gegen den Dominus. Die Gründe für obige Meinung sind also ganz unhaltbar.

Dagegen ist zu behaupten, daß wenn der Gewerbsführer als solcher contrahirt hat, ihm eine exceptio doli gegen die Klage zusteht, sofern sich der andere Contrahent sein Recht gegen ihn nicht besonders vorbehalten hat, also seine Intention bloß die war, sich an den Geschäftsherrn zu halten.

2. Durch freie Repräsentanten.

§. 279.

Wer als Procurator ein verpflichtendes Geschäft schließt, verpflichtet sich durch den Vertrag, den er, wenn auch für fremde Rechnung, geschlossen hat. Nur ist ihm, soweit der Mandant haftet, eine exceptio doli zu gestatten, wenn dies der Intention, mit welcher der andere Contrahent das Geschäft geschlossen, gemäß ist. [Diese Intention, daß nicht der Procurator, sondern der Mandant aus dem Geschäft hafte, muß nachgewiesen werden, sonst haftet der Mandatar als Contrahent.]

Dem Gläubiger ist aber auch eine Klage unmittelbar gegen den Dominus gegeben worden. Zuerst, wenn das Mandat Bestellung eines Gewerbsführers ist, die actio institoria oder exercitoria; siehe den vorigen Paragraphen. Sodann aber auch, wenn es sich um ein Mandat zu einem einzelnen Geschäft handelt, actio quasi institoria.

Der Mandant haftet in solidum, soweit der Procurator das Geschäft der Vollmacht gemäß geschlossen hat. Wenn zwei Vollmachten vorhanden sind, eine ostensible und eine geheime, so entscheidet gegenüber dem Dritten jene, für die Ansprüche zwischen

---

2) L. 11. §. 7. D. de inst. act. (14, 3): Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica; quodsi non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.

dem Mandanten und Mandatar diese. Bei Delicten findet die actio quasi institoria keine Anwendung, der Auftrag dazu ist selbst ein Delict. Sie findet aber auch nicht statt auf Vermehrungen der Obligatio durch unerlaubte Handlungen des Procurators, diese sind als Ueberschreitung der Vollmacht zu betrachten. Bei der institoria und exercitoria also ist diese Haftung etwas Ausgezeichnetes, was mit dem Umfang jener Aufträge zusammenhängt, [aber nicht gilt bei einem speciell aufgetragenen Geschäft]. Bei der actio quasi institoria beschränkt sich die Haftung auf die Bereicherung. Ebenso ist es bei sonstigen Ueberschreitungen der Vollmacht.

Diese Grundsätze gelten auch für Beamte und Geschäftsführer juristischer Personen.[1] Die Vollmacht ist hier die Amtsinstruction. Ebenso ist es bei dem Vormund. Wenn dieser den Mündel selbst contrahiren läßt, und nur Auctoritas interponirt oder consentirt, so wird er natürlich dem Dritten gar nicht verpflichtet. Ebenso wenn er einen Proceß für den Mündel führt, dessen Folge Condemnation ist. Contrahirt der Vormund selbst, so wird er allerdings verpflichtet, aber seine Haftung hört, sofern er den vormundschaftlichen Pflichten gemäß gehandelt hat, und ausdrücklich als Vormund aufgetreten ist, auf mit der Vormundschaft. Hat der Vormund seine Befugnisse überschritten, so kann der Mündel belangt werden in quantum locupletior factus est, und dahin wird auch gerechnet die Klage gegen den Vormund, die er cediren muß, z. B. wegen unerlaubter Handlungen, durch welche der Vormund die Obligatio modificirt hat.

Die Verpflichtung durch die freie Repräsentation gründet sich also auf Vollmacht und, diese ergänzend, auf Bereicherung. Man hat häufig behauptet, diese letztere sei ein selbstständiger Grund der Verpflichtung: es hafte jemand darum, daß sein Vermögen durch die Handlung eines Anderen, auch Nichtrepräsentanten, vermehrt sei. Man hat auch eine Klage dafür genannt: actio de in rem verso utilis. Eine solche Klage existirt nicht; die actio de in rem verso beschränkt sich auf das Gewaltverhältniß; bei freien Personen tritt an ihre Stelle die actio negotiorum gestorum mit ihren besonderen Erfordernissen, die keineswegs bloß in einer Bereicherung bestehen. Die bloße Bereicherung

---

1) Vgl. Note e des Lehrbuchs.

verpflichtet niemand, sie kann nur durch Hinzukommen eines anderen Grundes (wie dort) verpflichtend werden. Eine Stelle, auf welche man sich vornehmlich berufen hat[2], behandelt folgenden Fall. Ich habe mit dem Procurator eines Anderen contrahirt, der aber gerade zu diesem Geschäft nicht bevollmächtigt war. Hier findet eine Klage gegen den Dominus wegen eines doppelten Grundes statt: 1) wenn er ratihabirt, actio quasi institoria; 2) wenn mein Geld in sein Vermögen gekommen ist, actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae, siehe die übrigen in Note h des Lehrbuchs citirten Stellen. Also auch hier kommt zu der Bereicherung der Umstand hinzu, daß der andere Contrahent ein Procurator ist, der nur seine Vollmacht überschritten hat.[3]

Uebertragung von Obligationen.

§. 280.

Es giebt Rechte, welche mit ihren Subjecten nicht wesentlich verknüpft sind, bei denen also eine originäre Erwerbung und eine Erwerbung durch Succession möglich ist. Zu diesen Rechten gehören nicht die Obligationen. Diese lassen sich nicht von ihren Subjecten trennen, mit der Veränderung des Gläubigers oder des Schuldners ist es nicht mehr dieselbe, sondern eine ganz neue Obligatio. Daher findet bei Obligationen keine Uebertragung des Rechts, d. h. keine Singularsuccession statt. Die Möglichkeit einer Universalsuccession macht keine Ausnahme von jenem Grundsatz. Wegen des Uebergangs der Persönlichkeit des bisherigen

---

2) L. 7. §. 1. C. quod cum eo (4, 26): Alioquin si cum libero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Vgl. L. 13. C. si certum pet. (4, 2).

3) (Dieser Satz steht mit dem vorhergehenden im Widerspruch: wenn der andere Contrahent seine Vollmacht überschritten hat, kann die Klage unmöglich die actio quasi institoria sein, die ja gerade voraussetzen würde, daß der procurator ad mutuam pecuniam accipiendam praepositus innerhalb der Gränzen seiner Procura gehandelt hat, siehe die Stellen Note d des Lehrbuchs. In der Stelle Note 2 (cit. L. 7. §. 1. Cod. quod cum eo (4, 26) ist auch gar nicht vorausgesetzt, daß der freie Repräsentant ein Procurator war. Vielmehr ist er ein Geschäftsführer, der aus seiner Person gegen den Dominus die actio negotiorum gestorum contraria hat, deren Cession der andere Contrahent verlangen und sie deshalb sofort als utilis gebrauchen kann. A. d. H.)

Subjects auf das neue, ist hier in der That kein Wechsel, keine Trennung des Rechts von seinem Subject eingetreten.

Dieser Unmöglichkeit einer Singularsuccession tritt gegenüber ein Bedürfniß, Forderungen übertragbar zu machen, welches mit der wachsenden Bedeutung der Obligationen stets dringender und häufiger wird. Die Möglichkeit einer Uebertragung der Forderung wird wünschenswerth für den Gläubiger, damit er um seine Forderung zu verwerthen, nicht auf den äußersten Weg, den der Beitreibung, beschränkt sei, der vielleicht noch unbetretbar ist (z. B. bei der obligatio in diem). Ebenso für den Schuldner, er wird nicht so oft der Aufkündigung unterworfen sein. Endlich führt das Bedürfniß einer Stellvertretung bei der Obligatio eben dahin. Wir können nicht immer in eigener Person contrahiren. Der Procurator, welcher für uns contrahirt, wird Gläubiger, wir aber sollen es werden, dies ist nur durch eine Uebertragung der Forderung möglich.

Dieses Bedürfniß zu befriedigen, bieten sich zwei Mittel dar:

1) Die Delegation, der zu Folge der bisherige Gläubiger aufhört, es zu sein, und ein anderer an seiner Stelle es wird, (eben so bei dem Schuldner). Dies ist aber Aufopferung der Obligatio und Constituirung einer neuen. Dieser Modus ist aus einem doppelten Grunde unbequem, einmal wegen jenes Resultates, dann wegen der Nothwendigkeit der Zustimmung des Schuldners.

2) Eine weit vorzüglichere Auskunft bietet der Rechtssatz dar, daß die Ausübung einer Forderung durch einen Anderen möglich ist. Der Gläubiger kann einen Procurator bestellen, welcher die Forderung betreibe, namentlich gerichtlich, die Klage anstelle.

Wenn nun der Gläubiger denjenigen, auf welchen er die Forderung übertragen will, zum Procurator bestellt, aber mit der Uebereinkunft, daß er das Eingeklagte behalte, also für eigene Rechnung die fremde Forderung ausübe, als procurator in rem suam, so ist jenem Bedürfniß auf die bequemste und ausreichendste Weise abgeholfen. Die Obligatio bleibt wie sie war, der Gläubiger bleibt Gläubiger, und doch wird dem Erwerber der Realität nach alles, was ihm eine Uebertragung des Rechts geben könnte, verschafft, soweit es mit der Natur der Obligatio vereinbar ist.

Der Act selbst ist sehr einfach, ein Mandat, ohne Gegenwart oder Zustimmung des Schuldners.

Dieser Act mit der Bestimmung, daß der Procurator die Ausübung der Forderung als seine eigene habe, heißt Cession, denselben vornehmen: actionem cedere, mandare, procuratorem in rem suam facere. Der Uebertragende heißt Cedent, der Erwerber Cessionar.

Das Recht der Cession beruht auf zwei leitenden Grundsätzen:

1) Der Cessionar ist Procurator, Stellvertreter des Gläubigers, nicht selbst Gläubiger, dies bleibt der Cedent. Die Cession ist nicht Uebertragung des Forderungsrechts, sondern der Ausübung und Geltendmachung der Forderung. Dieser Charakter der Cession ist früher gewöhnlich verkannt worden, daher die ältere Literatur größtentheils unbrauchbar ist, (die falsche Theorie findet sich auch im Preußischen Landrecht). Mühlenbruch hat das Verdienst, jenes Princip hervorgehoben zu haben, hat es uns großentheils auch durchgeführt, wenn auch nicht überall. Einige Unklarheit findet sich noch bei ihm vor, welche sich auch gleich in dem Titel seines Buches[1] zeigt.

2) Der Cessionar unterscheidet sich aber von einem gewöhnlichen Procurator dadurch, daß er die Ausübung der Forderung für eigene Rechnung, also als sein Recht, nicht im Interesse des Cedenten hat. Er ist unabhängig in diesem Recht von dem Cedenten. Diese zweite Seite des Verhältnisses ist ebenfalls nicht ohne bedeutenden Einfluß auf die rechtliche Gestaltung desselben geblieben.

Die Cession ist nicht bloß bei persönlichen, sondern auch bei dinglichen Klagen möglich. Indessen ist jener Fall der vornehmste, der vor allem der Ausbildung des Institutes zu Grunde liegt.

Ferner bezieht sich die Cession vorzugsweise auf Klagen. Aber auch klaglose Obligationen können cedirt werden. Wenn der Cessionar von dem Schuldner belangt wird, so kann er gewiß die Forderung durch Exceptio geltend machen, z. B. Compensation; es steht daher nichts entgegen, daß der Cessionar auf diese Geltendmachung beschränkt sein kann.

---

1) Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1817. 3. Aufl. 1836. (Lehrbuch des Pandekten-Rechts. 4. Aufl. Herausg. von v. Madai 1844. §. 495. ff. Bd. 2. S. 578. ff. A. d. H.)

Von der Cession der Forderungen.

Act der Cession.

§. 281. 282.

Zu unterscheiden ist Grund der Cession und Act derselben.

1) Der rechtliche Grund der Cession besteht in einem Verhältniß zwischen dem künftigen Cedenten und Cessionar, welches durch die Cession erfüllt wird, diese mit zu seinem Erfolg hat.

Die Cession heißt voluntaria, wenn ihre iusta causa in dem freien Willen des Cedenten ruht, also der Grund der Cession in einem Rechtsgeschäft besteht, dessen Absicht auf die Cession als sein Ziel gerichtet ist. Dieses Rechtsgeschäft kann Schenkung oder ein oneroser Vertrag, z. B. Verpfändung sein. Am gewöhnlichsten ist es ein Kauf, daher die Stellung in dem justinianischen Gesetzbuch[1] und der Name Forderungskauf. Natürlich setzt die Gültigkeit der Cession die Erfordernisse dieses Geschäfts voraus, z. B. Zustimmung des Vormundes, gerichtliche Insinuation bei der Schenkung über 500 solidi.

Necessaria heißt die Cession, wenn der Cedent zur Cession verpflichtet ist ohne seinen Willen, durch ein obligatorisches Verhältniß, welches nicht gerade in dieser directen Absicht eingegangen, sondern von dem jene Verpflichtung eine unwillkührliche Folge ist. Dahin gehört z. B. der in §. 235 erwähnte Fall, wenn der correus debendi das Ganze zahlt, dieser kann von dem Gläubiger fordern, daß er ihm die Klage gegen seine Mitschuldner cedire, ferner der Procurator 2c.[2]

Mit dieser iusta causa cessionis hängen die Verbindlichkeiten des Cedenten gegen den Cessionar zusammen. Siehe die

---

1) (Tit. de hereditate vel actione vendita. Dig. XVIII. 4. Cod. IV. 39. A. d. H.)

2) (Ferner die §. 272 erwähnte Verpflichtung das commodum rei zu leisten, wenn dieses in Forderungen besteht, der Anspruch dessen, der einen Schaden zu tragen oder zu erstatten hat, auf Abtretung der auf beschädigte oder abhanden gekommene Sachen bezüglichen Klagen, der Anspruch des Cessionars auf Cession der accessorischen Forderungen, §. 284, die Verpflichtung des Erben aus dem legatum nominis und dem Universalfideicommiß u. a. m. Manche z. B. Arndts, Lehrbuch der Pandecten §. 255 Anm. 1. S. 394 wollen die Unterscheidung der cessio voluntaria und necessaria ganz verwerfen, weil auch die durch freiwillige Verpflichtung zugesagte Cession eine sogenannte cessio necessaria sei; dies beruht auf einer Verwechselung der Cession mit dem Cessionsacte. A. d. H.)

Regel in §. 282 des Lehrbuchs. Der Cedent hat den Cessionar bei der Geltendmachung der Forderung durch Lieferung von Beweismitteln zu unterstützen, ferner ist er verpflichtet, die Eintragung der Cession in das Hypothekenbuch bei einer hypothekarischen Forderung zu veranlassen, endlich muß er dasjenige herausgeben, was er durch Zahlung oder Compensation erhalten hat. Der Cedent ist im Allgemeinen verpflichtet, für die Existenz der Forderung zu haften, nicht bloß daß sie ipso iure bestehe, sondern auch daß keine peremtorische Einrede ihr entgegenstehe. Auch für die Existenz der mitcedirten Accessionen ist er verhaftet, z. B. Pfandrecht, Bürgschaft. Im Zweifel ist auch die obligatio civilis zu gewähren. Ausnahmen von der Haftung für die Existenz treten ein, wenn die Forderung als eine ungewisse, streitige cedirt worden ist, desgleichen wenn die Cession auf einer Liberalität, Vermächtniß oder Schenkung beruht, endlich wenn der Cedent nur insofern zur Cession verpflichtet war, als er die Forderung hatte, also zu nichts verpflichtet gewesen wäre, wenn er die Forderung nicht gehabt hätte. Dagegen braucht er für die Güte (Exigibilität) der Forderung (Solvenz des Schuldners) regelmäßig nicht einzustehen. In folgenden Fällen muß er aber auch hierfür haften: a) wenn er die Inexigibilität der Forderung doloser Weise veranlaßt hat, b) wenn er den Cessionar zur Uebernahme der Forderung betrüglich bewogen hat, c) wenn die Cession in einer datio in solutum necessaria besteht, wie bei der Dos; siehe unten.

2) Der Act der Cession ist das Mandat. Eine bestimmte Form ist hier so wenig wie bei einem anderen Mandat vorgeschrieben; mithin kann dasselbe auch stillschweigend geschehen. Bei der cessio voluntaria liegt es demnach schon in dem Rechtsgeschäft, wenn die Absicht auf sofortige Cession gerichtet war, (es ist nicht etwa, wie man sonst zuweilen behauptet hat, Tradition des Schuldscheines erforderlich). Der Kauf hat als iusta causa der Eigenthumsübertragung die besondere Folge einer Suspension bis der Kaufpreis bezahlt oder creditirt worden ist. Ist dies auch hier anzuwenden? Diese Frage ist bestritten. Die richtige Entscheidung ist diese: jener Rechtssatz hat folgenden Sinn: die Tradition kann in der Absicht der Uebertragung des Eigenthums oder in der Absicht der Uebertragung des bloßen Besitzes vorgenommen worden sein. Das erste ist beim Kaufe nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer nicht befriedigt oder ein Aufschub

der Befriedigung verabredet worden ist. Wie ist es bei der Cession? Ist ein ausdrückliches Mandat erfolgt, so läßt sich keine Anwendung jenes Grundsatzes machen, weil keine doppelte Interpretation möglich ist. Wohl aber ist der Rechtssatz anzuwenden, wenn es sich bloß fragt, ob in dem Rechtsgeschäft stillschweigend das Mandat liege, d. h. ob die Absicht auf sofortige Cession gerichtet war. Diese Absicht ist nur bei sofortiger Befriedigung des Verkäufers anzunehmen.

Aber das Mandat ist nicht einmal nothwendig, und die Cession kann selbst ohne Mandat erfolgen, z. B. der Verpflichtete will oder kann nicht mandiren. Hier hat der Prätor in vielen Fällen dem Berechtigten eine utilis actio gegeben, ihn also ebenso gut zur Klage gelassen, wie wenn das Mandat geschehen wäre (cessio legis). Nach neuestem [römischem] Recht ist dies als allgemein statthaft anzusehen. Die Cession ist anzunehmen in dem Augenblick, wo der Berechtigte sie fordern kann, ohne daß ihm irgend ein Einwand von Seiten des dazu Verpflichteten entgegensteht. Gründet sich aber der Anspruch auf das beneficium cedendarum actionum, so muß der Berechtigte seinen Willen, davon Gebrauch zu machen, vor der Zahlung erklärt haben. Dann gilt eben die Zahlung nur als Kauf. Außerdem würde sie die Forderung vernichten und die Cession unmöglich machen.

Verhältniß zwischen Cedenten und Schuldner.

§. 283.

Der Cedent ist dem Cessionar verpflichtet, sich nicht mehr als Gläubiger zu geriren, keinen diesem nachtheiligen Gebrauch von seinem Recht zu machen. Aber dieser Umstand ändert nichts in seinem Verhältniß zum Schuldner. Der Cedent ist auch nach der Cession noch immer Gläubiger, er kann daher gegen den Schuldner klagen, der Schuldner an ihn zahlen; er kann weiter cediren, und wenn der zweite Cessionar dem ersten zuvorkommt, ist dieser ausgeschlossen. Der Cedent verletzt durch diesen Gebrauch seines Rechts seine Verbindlichkeit gegen den Cessionar, und wird diesem haftbar, dies hindert aber nicht die Wirkung seines Rechts gegenüber dem Schuldner.

Dieser fortdauernden Einwirkung des Cedenten auf die Forderung kann der Cessionar vorbeugen dadurch, daß er selbst in

ein bestimmtes Verhältniß zum Schuldner tritt, wodurch dieser ausschließlich an ihn gewiesen, und vom Cedenten befreit wird, also der Einfluß des letzteren aufhört. Dies kann geschehen

1) durch litiscontestatio, vermöge der darin liegenden Novation; der Schuldner wird Schuldner des Cessionars, und der Cedent hört auf, Gläubiger zu sein, sie hat die Wirkung einer Delegation;[1]

2) auch die Benachrichtigung des Schuldners von der Cession soll diesen lediglich an den Cessionar weisen, der Schuldner hat von jenem Augenblick an eine exceptio doli gegen den Cedenten, und die condictio sine causa, wenn er dennoch gezahlt hat. Dies ist eine singuläre Vorschrift, ein Beneficium für den Cessionar, damit er sich gegen den Cedenten sichern kann, ohne gleich zum Aeußersten, der Einklagung der Schuld, zu greifen. Daher ist es unrichtig, wenn manche neuere Juristen diese Wirkung auf jede Kenntniß des Schuldners von der Cession ausdehnen wollen. Nur in zwei Fällen ist diese Ausdehnung wirklich gemacht, in beiden ist die Cession Bestandtheil einer Vermögensübertragung, siehe Note c des Lehrbuchs.[2]

Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner.

§. 284.

Die Stellung des Cessionars gegenüber dem Schuldner bestimmt sich durch die obigen Principien. Der Cessionar ist Procurator, aber er ist doch nicht wie ein gewöhnlicher Procurator zu beurtheilen, da er es für seine Rechnung ist, darauf ein Recht hat.

1) Ausübung der Rechte des Cedenten durch den Cessionar.

Der Cessionar macht die cedirte Forderung mit allen ihren Accessionen geltend, die Klage hat bei ihm denselben Gegenstand, welchen sie bei dem Cedenten haben würde. Der Zeitpunkt, bis zu welchem die Erweiterung der Forderung durch den Cedenten

---

1) L. 11. §. 1. D. de nov. (46,2): Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem.

2) (Anderswo erklärt der Verf. mit Recht auch die Benachrichtigung durch den Cedenten für zulässig. (Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. 2. (1839) S. 655, Kleine civil. Schriften, gesammelt u. herausg. v. Rudorff (1851) S. 484.) Dafür spricht die L. 28. D. de procurat. (3, 3), auch im Preuß. Recht ist dies anerkannt. A. d. H.)

herabgeht, ist der der Cession. Gleichviel ist es, ob diese Erweiterung durch eine Handlung des Cedenten vermittelt, oder ipso iure eingetreten ist, ob sie auf ius commune oder singulare beruht, ob ferner hier ein privilegium causae oder personae sie hervorgebracht hat, wenn nur im letzten Fall der Cedent es schon erworben hatte, (denn nicht die Möglichkeit der Erwerbung eines solchen Privilegiums ist schon eine Accession der Forderung). Folgende besondere Fälle sind nach diesen Grundsätzen zu entscheiden: der Cessionar kann die Mora des Schuldners gegenüber dem Cedenten geltend machen, wenn sie vor der Cession entstanden war, gleichviel ob ex persona oder ex re. Dasselbe gilt von dem gesetzlichen Pfandrecht, auch demjenigen, welches der Forderung um der Person des Gläubigers willen beigelegt worden ist, auch dies muß bereits vor der Cession zu der Forderung gekommen sein. Das pignus voluntarium muß der Cedent cediren, auch wenn er es erst nach der Cession erworben hätte. Ebenso geht das auxilium in integrum restitutionis des minderjährigen Cedenten auf den Cessionar über, [wenn der Cedent es schon vor der Cession erworben hatte]. — Dagegen hat der Cessionar nicht solche Rechte, welche nicht Accessionen der Forderung sind, wenngleich der Cedent sie bei eigener Ausübung der Forderung gehabt hätte. Dahin gehören Rechte, welche sich lediglich auf das gerichtliche Verfahren beziehen, z. B. privilegia fori, Restitution im Proceß; ferner ist der ausländische Cessionar nicht darum von der Kostencaution befreit, daß der Cedent ein Inländer ist.

Sehr bestritten ist die Anwendung dieser Grundsätze auf das privilegium exigendi.

Daß es auf den Cessionar übergehen könne, beweisen mehrere Stellen,[1] (derjenige, welcher zur Abfindung eines privilegirten Gläubigers ein Darlehen giebt, rückt in dessen Privilegium ein). Dies hat denn auch durchaus kein Bedenken bei dem privilegium causae, also wenn eine Forderung gewisser Art einen Vorzug haben soll. Wie aber bei dem privilegium personae? Die Entscheidung aus inneren Gründen ist: Das privilegium exigendi ist nicht eine Accession der Forderung, welche sie schon bei ihrer

---

1) L. 2. D. de cess. bon. (42, 3.), L. 24. §. 3. D. de reb. auct. iud. (42, 5.)

Entstehung hätte. Es entsteht erst durch die Insolvenz des Schuldners und den Concurs mit anderen Gläubigern, worauf sich seine Wirkung allein bezieht. Das Privilegium wird also von dem erworben, welcher die Forderung im Concurs geltend macht, und zwar das privilegium causae von jedem, das privilegium personae nur von dem, der eine solche Person ist. Das letztere wird also auf den Cessionar nicht übergehen, wenn nicht vor der Cession der Concurs schon eröffnet war.

Damit stimmt auf das Vollkommenste überein L. 42. D. de adm. tut.[2], (siehe besonders den Grund). Man hat einen Widerspruch finden wollen in einer zweiten Stelle;[3] aber diese Stelle handelt von dem privilegirten Pfandrecht, und darum ist kein Schluß auf das privilegium exigendi zulässig, weil hier jener Grund gegen den Uebergang nicht eintritt. Wenn sonach die Note 1 angeführten Stellen von allen privilegiis exigendi zu verstehen wären, so müßte man dies als ein singuläres Recht für den besonderen Fall jenes in locum succedere ansehen. Aber es existirt kein hinreichender Grund jene Stellen so allgemein zu verstehen.

2) Eigene Rechte des Cessionars.

Der Cessionar kann eine privilegirte Person sein; kann er sich seiner Privilegien bei der Geltendmachung der fremden Forderung bedienen? Diese Frage ist in unserem geschriebenen Recht nicht entschieden. Die Stellen, welche man dafür angeführt hat, handeln nicht davon, so spricht L. 6. pr. D. de iure fisci[4] von einer Universalsuccession des Fiscus. Für diesen Fall wird so ent-

---

2) L. 42. D. de adm. tut. (26, 7): Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit, in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur, non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

3) L. 7. C. de priv. fisci (7, 73): Si in te ius fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satisfaciebas, tibi competens iudex adscripsit et transtulit, ab his creditoribus, quibus fiscus potior habetur, res quas eo nomine tenes, non possunt inquietari.

4) L. 6. pr. D. de iure fisci (49, 14): Fiscus, cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur, ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur. Et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est, puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.

schieden: die persönlichen Privilegien des Fiscus treten nicht mit der Succession selbst in Wirksamkeit, sondern erst, entweder wenn eine Novation vorgenommen worden ist, oder wenigstens der Fiscus den geständigen Schuldner aufgefordert hat zu zahlen. Das Letztere ist hinreichend bei dem Zinsenprivilegium des Fiscus. Ein Irrthum ist daher die daraus gefolgerte Lehre: der Cessionar habe seine Privilegien nicht, mit Ausnahme des Fiscus, dieser habe sie stets. Denn a) ist in jener Stelle nicht von der Cession die Rede, b) spricht sie jene unbedingte Anwendung der Privilegien keineswegs aus.

Die Frage beantwortet sich so: Privilegien, welche mit der Forderung selbst gar nicht zusammenhängen, z. B. privilegia fori, wendet der Cessionar aus seiner Person an, und zwar aus demselben Grunde, aus welchem er sie nicht hat aus der Person des Cedenten. Dagegen Privilegien, welche die Forderung selbst betreffen und modificiren, z. B. mora ex re, privilegium exigendi, hat der Cessionar für seine eigene Forderung, also nicht für die ihm cedirte, fremde. Die Forderung kann aber seine eigene werden durch Novation, durch Litiscontestation und Urtheil. Wenn der Cessionar die Forderung erstritten hat, so ist die actio iudicati seine eigene Klage, nicht eine cedirte. Daher gelten für diese allerdings seine Privilegien, die Benachrichtigung des Schuldners hat diese Wirkung noch nicht.

3) Einreden des Schuldners.

Einreden gegen den Cedenten hat der Schuldner auch gegen den Cessionar, jedoch nur unter zwei Voraussetzungen: a) müssen es Einreden gegen den Cedenten als Gläubiger sein, also solche die mit der Forderung zusammenhängen (z. B. nicht die Einrede der Caution gegen einen [wenn der Cessionar ein Inländer ist] ausländischen Kläger); b) müssen sie begründet gewesen sein zu einer Zeit, wo der Schuldner dem Cedenten auch noch hätte zahlen können, also ehe er zu dem Cessionar in ein ausschließliches Verhältniß getreten ist.

Einzelne Fälle solcher Einreden sollen hier noch besonders betrachtet werden. Der angegebene Grundsatz gilt zunächst von der exceptio pacti de non petendo, nur müssen natürlich Cedent und Schuldner das Pactum geschlossen haben vor jenem Zeitpunkt; ferner von der exceptio compensationis, bei welcher ebenfalls

die Gegenforderung gegen den Cedenten vor diesem Zeitpunkt entstanden sein muß, (wenn sie auch vielleicht erst später fällig wurde). Ebenso kann die exceptio doli vorgeschützt werden wegen eines Dolus, welchen der Cedent begangen und wodurch er auf die Obligatio eingewirkt hat. Man hat unterscheiden wollen zwischen einer Cession ex causa lucrativa und ex causa onerosa, und behauptet, nur im ersten Falle stehe dem Cessionar die exceptio doli entgegen; aber die Stellen, welche man dafür angeführt hat, handeln bloß von dem Dolus des Auctors, welcher dem Successor entgegengesetzt wird; der Fall des Cessionars ist ein ganz anderer. Ebenso verhält es sich mit der exceptio competentiae. Wenn der Schuldner die Competenzwohlthat gegen die Forderung selbst oder gegen alle Personen hat, so ist kein Zweifel: er hat sie natürlich auch gegen den Cessionar. Wie aber verhält es sich, wenn ihm dieselbe nur gegen gewisse Personen, zu welchen der Cedent, nicht aber der Cessionar gehört, zusteht? In diesem Falle findet sie keine Anwendung gegen den Cessionar. Dagegen steht sie umgekehrt dem Cessionar aus seiner eigenen Person entgegen, denn die Exceptio bezieht sich nur auf die Ausübung der Forderung, nicht auf die Forderung selbst.

Eine andere Frage ist, ob in der Zuziehung des Schuldners zur Cession ein Verzicht auf seine Einreden gegen die Forderung liege. Diese Frage muß nach den allgemeinen Regeln beurtheilt werden. An sich kann nur dann seiner Zuziehung diese Wirkung beigelegt werden, wenn sein Schweigen außerdem als Betrug qualificirt werden müßte.

Ein Beklagter hat das Recht, eine Widerklage gegen den Kläger mit seiner Vertheidigung gegen die Klage zu verbinden, die dann (wenn sie gleich mit der Litiscontestation angebracht ist) in demselben Proceß verhandelt wird. Sie setzt überhaupt nur einen klagbaren Anspruch gegen den Kläger voraus, keine Connexität mit der eingeklagten Forderung. Darum ist zu behaupten, daß die Widerklage gegen den Cessionar nicht schon deswegen stattfindet, weil der Cedent mit derselben hätte belangt werden können. Nur wenn der Cessionar die Schuld des Cedenten mit übernommen hat, oder wenn der Anspruch, welcher gegen ihn erhoben wird, auch als Compensation denkbar ist, ist die Geltendmachung dieses Anspruchs gegen den Cessionar auch in der Form der Widerklage statthaft.

Der Schuldner kann auch Einreden aus der Cession selbst haben, wenn diese nämlich ungültig oder verboten ist. Davon siehe im folgenden Paragraph.

Beschränkungen der Cession.

§. 285.

Die Obligatio ist ein so wesentlich, nicht mit dem Individuum zwar, aber doch mit der Person zusammenhängendes Verhältniß, daß selbst die bloße Uebertragung der Ausübung ihr Bedenkliches haben kann; dem Schuldner wird zwar formell kein neuer Gläubiger substituirt, und dieser Umstand dient ihm in vielen Punkten zum Schutz gegen nachtheilige Folgen, welche die Cession für ihn haben könnte. Materiell aber steht doch der Cessionar nahezu wie ein Gläubiger, und es ist dadurch nicht gänzlich die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die Lage des Schuldners ohne seine Zustimmung wenigstens zu seinem factischen Nachtheil sich verändert. Auf diese Möglichkeit beziehen sich gewisse besondere Beschränkungen der Cession, wodurch diesem Erfolg entgegen gewirkt werden soll; manche Forderungen sind, wenigstens unter gewissen Umständen, für nichtcessibel erklärt.

Die Regel ist: jede Forderung ist an sich cessibel, welchen Grund sie auch haben möge, mag sie aus einem Contract oder aus einem Delict entstanden sein, auf ius commune oder singulare beruhen, so z. B. kann der Minderjährige cediren, was er vermöge der in integrum restitutio von Jemanden zu fordern hat. Denn die Quelle der Forderung, das Verhältniß, aus welchem sie entsprungen ist, wird nicht cedirt, sondern nur die Forderung und Klage selbst. Dies muß man genau festhalten, weil manche Praktiker sich hier eines falschen, irrenden Sprachgebrauchs bedient haben, indem sie z. B. von einer Cession des Miethcontracts, der Societät 2c. sprechen, [was ganz unmöglich ist, indem nur die actio pro socio u. s. w., nicht die societas cedirt werden kann]. Jedes Verhältniß ist etwas zweiseitiges, und kann daher nicht einseitig übertragen werden. Nur das Einseitige daran, das heißt die Forderung, welche daraus schon entsprungen ist, kann einseitig cedirt werden. Dies ist aber natürlich auch bei gegenseitigen Forderungen möglich, z. B. bei der Forderung des Kauf- oder Miethpreises. —

Man darf dies auch nicht etwa unter die nichtcessibeln Forderungen bringen, wie Viele thun, z. B. auch Mühlenbruch, denn das, was hierdurch von der Cession ausgeschlossen wird, ist gar nicht eine Forderung.

Die Beschränkungen der Cession gründen sich

1) zum Theil auf die rechtliche Natur des Instituts selbst, siehe den zweiten Absatz im Lehrbuch. Sie ordnen sich unter folgende Gründe: a) Das Resultat der Cession ist, daß der Cessionar gegen den Schuldner klagt. Dies ist nicht möglich zwischen Personen, welche durch väterliche Gewalt verbunden sind. b) Der Cessionar erhält eine fremde Forderung, daher ist keine Cession einer Forderung möglich, welche demselben aus eigenem Rechte zusteht. So kann z. B. eine Popularklage nicht an einen anderen Bürger cedirt werden. c) Durch die Cession darf die Forderung nicht verändert werden. Daher ist sie ausgeschlossen bei Forderungen, bei welchen eine solche Veränderung die nothwendige Folge einer fremden Ausübung wäre. Siehe die einzelnen Fälle im Lehrbuch;

2) zum Theil auf singuläre Bestimmungen, wodurch gewissen Auswüchsen des Instituts begegnet werden soll. Siehe im Lehrbuch den dritten Absatz bis zum Ende des Paragraphs. Der wichtigste von diesen Fällen ist der unter 5) angeführte, die lex Anastasiana. Der Inhalt derselben ist: der Cessionar in Folge eines Kaufes soll nicht mehr einklagen dürfen, als der Kaufpreis beträgt; auch die Zinsen sollen nur von dieser Summe berechnet werden. Die Ausflucht einer theilweisen Schenkung gilt nicht. Das Gesetz setzt eine Geldforderung voraus, weil nur hier eine genaue und sichere Abrechnung möglich ist.

Von jeher hat man versucht, das Gesetz auf alle mögliche Art einzuschränken. So haben z. B. manche Juristen behauptet, es sei auf sichere Forderungen zu beschränken, oder bei unsicheren Forderungen sei diese Eigenschaft in Anschlag zu bringen, (was ebenso viel ist, als sie ganz ausnehmen), ferner sei die Anwendung des Gesetzes durch erweisliche Gewinnsucht des Cessionars bedingt u. dergl. In nicht wenigen Ländern ist das Gesetz durch die particuläre Gesetzgebung ganz aufgehoben.[1]

---

1) (Z. B. in Preußen. Vgl. Allgem. Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 11. §. 390—392. A. d. H.)

Jene Versuche beruhen großentheils darauf, daß man den eigentlichen Geist des Gesetzes ganz übersah. Man hielt es für unvernünftig, weil es dem Handelsverkehr mit Forderungen entgegentrete. Dieser Vorwurf wäre gegründet, wenn das Gesetz diese Wirkung beabsichtigt hätte. Der Gesetzgeber wollte aber die Personen ausschließen, welche sich ein Geschäft daraus machen, fremde Forderungen, namentlich ungewisse, aufzukaufen, um einen Gewinn, häufig auf Kosten des Rechts, damit zu machen. Er wollte die Schuldner in Schutz nehmen gegen die Nachtheile, welche ihnen dadurch drohen, und die auch jetzt noch, besonders auf dem Lande und unter wenig verkehrserfahrenen Personen sehr fühlbar sind, wo das Gesetz aufgehoben ist oder nicht gehörig gehandhabt wird. Um dies zu erreichen, wollte der Gesetzgeber den eigentlichen Forderungs*handel* ausschließen. Seine Intention läßt sich auch so ausdrücken: der Schuldner kann die Cession im Allgemeinen nicht hindern, sie geschieht ohne seine Zustimmung, aber daß man die Forderung gegen ihn zum Gegenstand eines Handels macht, soll nicht ohne seinen Willen geschehen dürfen.

Ausgenommen sind daher a) die Fälle, wo der Verkauf der Forderung nicht unter den Begriff eines Handels gebracht werden kann, der Käufer die Forderung gar nicht aus freiem Entschluß kauft, siehe die Fälle im Lehrbuch; b) die Forderungen, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach Gegenstand des Handels sind, welche in dieser Absicht contrahirt werden, so die Forderungen, welche auf den Inhaber der Schuldurkunde lauten, Staatsobligationen überhaupt u. dgl. Wenn man etwa diese Ausnahmen erweitert hätte, so weit es das Bedürfniß mit sich brachte, z. B. auf alle Handelsschulden, so würde man den wahren Bedürfnissen viel besser und ohne Nachtheil abgeholfen haben, als durch gänzliche Aufhebung des Gesetzes, bei welcher man das Interesse des handelnden Publicums ausschließlich im Auge gehabt, und das des übrigen, z. B. der kleineren Grundbesitzer, hintangesetzt hat.

Die Wirkung der lex Anastasiana ist zum Theil bestritten. Gewiß ist, daß der Cessionar nicht mehr als den gezahlten Kaufpreis einklagen kann. Was geschieht aber mit dem Ueberschuß? Manche haben geglaubt, derselbe bleibe dem Cedenten, Andere, er verfalle dem Fiscus. Die richtige Ansicht ist, der Schuldner lucrirt ihn. Dies folgt von selbst daraus, daß das Gesetz nicht

darüber disponirt, es ist aber auch der ausdrücklichen Vorschrift bei der cessio in potentiorem analog, an welche sich das anastasische Gesetz anknüpft; endlich hat das Gesetz durchaus den Nachtheil im Auge, welcher dem Schuldner durch solche Cessionen droht, und dieser Rücksicht ist allein jene Entscheidung gemäß, (dem Cedenten steht nur die Möglichkeit einer Anfechtung der ganzen Cession offen). Diese ist zugleich eine Nothwendigkeit, wenn seine Forderung gegen den Schuldner nicht erlöschen soll.

Bestritten ist sodann die Frage der Beweislast bei der lex Anastasiana. Hierüber gibt es verschiedene Meinungen:

1) Der Schuldner müsse beweisen, daß der Cessionar für die Forderung weniger als deren Betrag gegeben habe, denn dies sei der Grund seiner Exceptio. Dadurch würde das Gesetz ziemlich unpraktisch werden: in der That ist dies nur ein Versuch, das Gesetz möglichst zu beseitigen, hier durch Abschwächung seiner Wirkung, wie dort durch unbegründete Ausnahmen.

2) Der Cessionar müsse sich als solcher dadurch legitimiren, daß er beweise, die Cession falle nicht unter das anastasische Gesetz; wenn hingegen der Schuldner Anspruch auf Befreiung von dem Ueberschuß mache, so müsse er beweisen, daß eine theilweise Schenkung geschehen oder simulirt sei, denn nur dann trete dieser Theil der Wirkung ein. Dies letztere ist aber unrichtig, jede Cession contra legem hat jene Wirkung. (Wenn etwa der Cedent betrogen worden wäre, so würde er die Cession anfechten können, diese wäre aus einem anderen Grunde ungültig, und die Anastasiana fände keine Anwendung.)

3) Die in der Praxis recipirte Meinung ist die, daß der Cessionar beweisen muß, so viel gegeben zu haben, als er einklagt. Diese Entscheidung ist einmal nothwendig, um dem Gesetz überall eine sichere Wirkung zu verschaffen, sodann ist sie auch allein theoretisch zu rechtfertigen, wie sich aus folgender genaueren Darstellung ergiebt.

a) Der Cessionar hat die Cession nebst ihrer iusta causa zu beweisen. Beweist er eine andere, als den Kauf, so kann der Schuldner dagegen den Einwand der Simulation erheben, diesen muß er beweisen. Thut er dies, so ist der Cessionar abzuweisen, [schon deswegen, weil der Schuldner bewiesen hat, daß seine causa nichtig sei, also nun gar keine causa cessionis vorliegt]. Hier ist dann aber die lex Anastasiana gar nicht in Frage ge-

kommen, die Abweisung gründet sich nicht auf dieses Gesetz, sondern auf die Nichteristenz einer wirklichen Cession.

b) Der Cessionar gründet sein Recht auf einen Kauf. Dieser ist nach der lex Anastasiana nur eine zulässige iusta causa cessionis, wenn er nicht unter die von ihr verbotenen Händel gehört, also wenn er entweder unter die Ausnahmen fällt, oder wenn der Kaufpreis dem Eingeklagten gleichkommt. Dies muß daher der Cessionar beweisen.

Aufhebung der Obligatio.

§. 286.

Siehe das Lehrbuch.

Die praktische Bedeutung des Unterschiedes, ob die Obligatio ipso iure oder ope exceptionis aufgehoben ist, liegt abgesehen von der processualischen Behandlung, (in welcher Hinsicht der Unterschied nach altem römischem Recht wichtiger war, als nach heutigem) in Folgendem. Tritt ein Umstand ein, welcher die Obligatio ipso iure aufhebt, so ist dies eine Negation der Obligatio. Wenn nicht etwa die Aufhebung angefochten werden kann, ist diese Obligatio entschieden eine Vergangenheit. Sie kann vielleicht später wieder erneuert werden, aber nur als eine neue Obligatio, mit allen Erfordernissen, die deren Entstehung hat.

Ein Umstand, welcher ope exceptionis wirkt, ist keine Negation der Obligatio, sondern Position eines derselben entgegenstehenden Rechts des Beklagten. Die Unwirksamkeit der Obligatio hängt daher von der Dauer dieses ihr entgegenstehenden Rechts ab; letzteres kann selbst wieder aufgehoben werden, und dann ist die Obligatio unberührt, denn sie war nicht vernichtet. Dies ist z. B. der Fall bei der Compensation, dem S. C. Velleianum bei nachheriger Wiederholung der Intercession. — Der Unterschied zwischen beiden Aufhebungsarten zeigt sich z. B. hinsichtlich der Verpflichtung eines Bürgen. Im ersteren Fall ist seine Verbindlichkeit mit der Hauptobligatio aufgehoben, und die Erneuerung dieser erneuert nicht auch eo ipso die seinige. Im zweiten Fall kommt ihm ebenfalls die Exceptio zu Gute, aber nur unter der Voraussetzung ihrer Fortdauer. Fällt sie nachher wieder weg, so ist auch er als nie befreit zu betrachten, [z. B. die Frau hat gegen ihre Verbürgung die exceptio S. C. Velleiani, und diese

steht auch demjenigen zu, der sich wiederum für sie verbürgt hat; wiederholt nun die Frau nach zwei Jahren ihre Intercession, so fällt ihre Exceptio hinweg, und damit verliert auch ihr Bürge dieselbe].

Der Grund, warum das römische Recht einem Umstande die eine oder die andere Wirkung beilegt, ist für die heutige Anwendung jenes Unterschiedes von Wichtigkeit. In mehreren Fällen liegt der Grund, warum der Umstand nur eine Exceptio giebt, in der Natur dieses Umstandes selbst, welcher die Wirkung ipso iure nicht entsprechen würde. Dies ist der Fall

1) wenn der Umstand für sich gar keine oder nur eine mittelbare Beziehung auf die fragliche Obligatio hat, nicht in dieser Intention und Richtung entstanden ist. Alsdann muß er diese Beziehung erst durch den Willen des Schuldners erhalten, diesen Gebrauch davon zu machen; so z. B. bei der Compensation, Forderung und Gegenforderung schließen sich nicht schon von selbst aus, ferner bei der res iudicata in ihrer materiellen Function;

2) wenn der Umstand in einer veränderlichen Thatsache besteht, deren Dauer problematisch ist, welche also darum nicht gleich bei ihrem Eintritt ohne Weiteres jene Wirkung der Aufhebung ipso iure erhalten kann. Auch dieser Grund tritt bei der Compensation ein; ferner bei dem Compromiß, der exceptio S. C. Velleiani, da nachherige Umstände darauf Einfluß haben können u. s. w.

Wo sich ein solcher materieller Grund dafür geben läßt, ist der Umstand auch im heutigen Recht ope exceptionis wirksam.

In anderen Fällen liegt der Grund nur in der Förmlichkeit des Jus Civile, oder in der Unmöglichkeit einer directen Wirkung des prätorischen Schutzes gegen das Jus Civile. So z. B. bei dem pactum de non petendo. Dieses wirkte schon nach römischem Recht ipso iure bei Delictsforderungen, ferner bei Forderungen, welche nicht auf das Jus Civile, sondern auf die naturalis aequitas sich gründeten. In anderen Fällen dagegen wirkte es nur ope exceptionis, während es auch einen formellen Erlaß gab, durch Acceptilatio, mit der Wirkung ipso iure. Heutzutage muß dem Erlaß überall diese Wirkung beigelegt werden.[1]

---

1) (Die Aufhebung der Obligatio ipso iure und ope exceptionis fällt nicht zusammen mit der Zerstörung der ganzen Obligatio und der Klage allein unter Fortbestand der naturalis obligatio. Diese graduelle Verschiedenheit der Aufhebung durchkreuzt sich vielmehr mit jener formellen in der Weise, daß die

Solutio.

1. Eigentliche Zahlung.

§. 287.

Die naturgemäßeste [weil von vorn herein beabsichtigte] Aufhebung der Obligatio ist die Zahlung, daher der Name solutio jede Aufhebung der Obligatio bezeichnet. Zu unterscheiden ist eigentliche Zahlung und die Ausdehnung des Begriffes, von der im §. 288 die Rede sein wird. Die wahre und eigentliche Zahlung besteht darin, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit, wie es dem Inhalt der Obligatio gemäß ist, erfüllt.

Erfordernisse derselben sind:

1) Leistung des geschuldeten Gegenstandes, (siehe oben die Grundsätze darüber und was dazu gehört). Mit dem Willen des Gläubigers kann aliud pro alio gegeben werden. Ueber die Modificationen durch Leistung der Aestimation, datio in solutum, siehe oben.

2) Leistung an den Gläubiger oder den verus procurator desselben. Der wahre Procurator ist der, welcher entweder ein Specialmandat hat für dieses Geschäft oder mit einem General-Mandat versehen ist, worin der Empfang dieser Zahlung enthalten ist. Einem Mündel kann nur mit Genehmigung des Vormundes gültig gezahlt werden, wozu nach neuerem Recht regelmäßig auch noch ein Decret der Obrigkeit hinzukommen muß; siehe unten. Außerdem wird der Schuldner nur soweit befreit,

---

Obligatio ipso iure z. B. durch capitis diminutio aufhören und als klaglose dennoch fortbestehen, umgekehrt eine exceptio die Obligatio total zerstören kann (z. B. exceptio S. C. Velleiani). Wann die stärkere oder schwächere Wirkung eintritt, läßt sich nicht nach einem durchgreifenden Grundsatz, sondern nur nach der Natur der einzelnen Exceptionen entscheiden. Es ist zwar richtig, daß die stärkere Wirkung nur Statt finden kann, wenn die Aufhebung nicht bloß dem civilen sondern zugleich dem natürlichen Rechtselemente entspricht: L. 66. D. de R. J. (50, 17): Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab aequitate naturali abhorrentem; allein auch diese Regel läuft auf eine Prüfung der einzelnen Exceptionen hinaus, wie sie denn auch in ihrem ursprünglichen Zusammenhange bloß auf die exceptio legis Cinciae berechnet war (Fr. Vat. §. 266). Dasselbe muß von der Unterscheidung der exceptiones in odium creditoris und in favorem debitoris behauptet werden, in welcher man früher das Princip des Gegensatzes zu finden glaubte: sie bezieht sich nur auf die exceptio S. C. Macedoniani und Velleiani, als allgemeines Princip würde sie ganz falsch sein. A. d. H.)

als der Pupill zur Zeit da er klagt noch locupletior ist, ope exceptionis.

Es kann aber auch gleich bei dem Geschäft, durch welches die Obligatio entstanden ist, eine Person außer dem Gläubiger genannt sein, an welche die Zahlung geschehen kann. Eine solche Person heißt solutionis causa adiectus. An diesen kann der Schuldner gültig zahlen, wenn derselbe in eodem statu bleibt, d. h. nicht eine Verminderung der Rechtsfähigkeit erleidet, durch welche der Gläubiger ihm gegenüber in eine andere Lage versetzt wird. Der solutionis causa adiectus unterscheidet sich dadurch von einem Procurator, daß der Schuldner ein contractmäßiges Recht hat, sich seiner Verbindlichkeit durch Zahlung an ihn zu entledigen. Daher genügt auch kein einseitiger Widerruf Seitens des Gläubigers, um dem Schuldner dieses Recht zu nehmen. Etwas Anderes ist es, wenn nachher der Gläubiger den Schuldner angewiesen hätte, einer Person zu zahlen. Dies ist als ein gewöhnliches Mandat zu behandeln, und daher jederzeit Widerruf möglich.

Zuweilen kann der Schuldner mit voller Wirkung zahlen, ohne es an eine dieser Personen zu thun, dies geschieht: a) durch gerichtliche Deposition, bei dem Richter des Zahlungsortes. Hierzu ist eine Anzeige an den Richter erforderlich, worauf dieser das Weitere verfügt. Gestattet ist sie bei der mora accipiendi, oder wenn die Zahlung an den Gläubiger unmöglich ist, z. B. derselbe ist abwesend und ohne einen Procurator, ebenso wenn die Zahlung unsicher wäre, z. B. der Gläubiger ist noch minderjährig und ohne Curator. Der Schuldner kann übrigens die Zahlung durch gerichtliche Deposition wieder zurücknehmen [und dann ist es so gut, als ob er gar nicht deponirt hätte]. b) Möglicherweise kann der Schuldner an einem ganz beliebigen Ort leisten, wenn die Deposition ihm nachtheilig sein würde, und mora accipiendi eingetreten, auch eine nochmalige Ankündigung erfolglos geblieben ist. So kann der Schuldner, wenn der von ihm zu liefernde Wein ohne die Fässer gekauft worden wäre, in einem solchen Falle den Wein verschütten, wenn er es nicht vorzieht, das Interesse zu fordern.

3) Absicht der Leistung; eine andere Absicht befreit den Schuldner nicht. Die Absicht des Schuldners entscheidet auch,

wenn die Frage entsteht, welche von mehreren Schulden gezahlt worden sei. Das Nähere über diesen Punkt siehe im Lehrbuch.

4) Möglichkeit der Leistung. Die Zahlung setzt die dazu nöthige Vermögensdisposition, namentlich Befugniß zur Eigenthumsveräußerung, voraus. Daher kann der Pupill nicht ohne Auctoritas des Vormunds zahlen. So lange also das Empfangene von dem Empfänger vindicirt werden kann, ist keine solutio geschehen, mit dem Wegfall der Vindication tritt auch die solutio ein.

Die Beschaffenheit der Leistung kann die sein, daß nur der Schuldner selbst leisten kann, z. B. Dienste. Außerdem ist es nicht wesentlich zur solutio, daß der Schuldner in Person leiste. Durch die Zahlung von Seiten jedes Dritten wird der Schuldner frei, auch wenn sie wider seinen Willen geschieht. Hier entsteht nun aber die Frage: kann der Gläubiger durch Anbieten der Leistung von Seiten des Dritten in moram accipiendi versetzt werden? Diese Frage ist zu bejahen unter folgenden drei Voraussetzungen: a) wenn kein rechtliches Interesse des Gläubigers durch die Interposition des Dritten verletzt wird, b) wenn das Anerbieten nicht wider den Willen des Schuldners geschehen ist, und c) wenn der Schuldner es ratihabirt, [indem hiedurch jenes Anerbieten einem Auftrage gleichgestellt wird].

Ueber den Beweis der Zahlung (Beweislast und Beweismittel) siehe das Lehrbuch. Etwas Näheres ist noch über die Wirkung der Quittung zu sagen.

Quittung, apocha, ist ein in der Absicht, ein Beweismittel für die Zahlung zu liefern, von dem Empfänger ausgestelltes schriftliches Empfangsbekenntniß. Die Wirkung der Quittung ist der Beweis der Zahlung, dadurch unterscheidet sie sich von der Acceptilation und dem pactum de non petendo. Diese Wirkung hat aber die Quittung regelmäßig erst, wenn sie dreißig Tage alt ist. Vorher hat der Aussteller die querela non numeratae pecuniae (non solutae pecuniae), durch deren Gebrauch er die Beweiskraft verhindern kann. Siehe noch unten bei der querela non numeratae pecuniae (§. 305).

Manche Juristen behaupten, nach Ablauf von 30 Tagen sei die Quittung so schlechterdings beweisend, daß nicht einmal ein Gegenbeweis zuläßig sei. Dies würde heißen: die Quittung ist nach 30 Tagen nicht mehr Quittung, sondern Acceptilation, [also

nicht mehr Beweismittel der geschehenen Aufhebung, sondern selbst eine Aufhebungsart], der Schuldner ist nicht befreit, weil er bezahlt hat, sondern weil die Quittung bestellt ist. Schon in dieser Consequenz jener Ansicht liegt ihre Widerlegung. Der Begriff der Quittung würde ganz verloren gehen, [indem vor Ablauf der 30 Tage die Quittung deshalb nicht existirt, weil ihr die beweisende Kraft fehlt, hernach aber die Quittung mehr sein soll als bloßes Beweismittel]. L. 14. §. 2. 3. C. de non numerata pecunia[1] kann keineswegs für diese Ansicht angeführt werden, sie schließt nur den Gegenbeweis durch Eidesdelation aus.

Uneigentliche Zahlung.

§. 288.

Siehe das Lehrbuch.

Zu der uneigentlichen Zahlung gehört auch der Fall, wenn der Schuldner den Gläubiger seines Gläubigers bezahlt. Will der Gläubiger diese Bezahlung nicht ratihabiren, so steht ihm die exceptio doli entgegen, vorausgesetzt, daß ihm durchaus nichts dadurch entgangen ist. Die Zahlung an den Gläubiger des Gläubigers kann nicht wider den Willen des Letzteren geschehen, wenn gleich die Zahlung an ihn unsicher wäre. Für diesen Fall hat der Schuldner ein anderes Mittel, die gerichtliche Deposition.

Ein Fall, wo eine Obligatio als getilgt angesehen wird, obwohl nicht vom Schuldner Zahlung geleistet worden ist, noch auch von einem Dritten in dieser Absicht, ist folgender. Der Schuldner

---

1) L. 14. §. 2. 3. C. de non num. pec. (4, 30): Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc foeneraticia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneraticii promittentes, vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias vel alias res, vel partem earum significantes, intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse obiici, ut si hi transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere. Illo videlicet semper observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat.

einer species ex causa lucrativa wird befreit, wenn der Gläubiger diese Sache selbst (nicht ihre Aestimation) anderswoher ex causa lucrativa erhält (concursus causarum lucrativarum). Der Leistende hat damit absichtslos auch jene Obligatio getilgt. Es müssen aber zwei rein lucrative causae zusammenkommen (Schenkung und Vermächtniß, nicht z. B. Dos). Ein bloß vorübergehender Erwerb hat ebenfalls nicht diese Wirkung.

Compensation.

§. 289.

Wenn der Schuldner zugleich Gläubiger seines Gläubigers und der Gegenstand bei beiden Forderungen gleichartig oder derselbe ist, so kann er seinen Gläubiger dadurch befriedigen, daß er mit ihm abrechnet, compensirt, so daß nur der allenfallsige Ueberschuß auf der einen oder der anderen Seite als Forderung stehen bleibt. Diese Tilgung der Obligatio kann durch Uebereinkunft geschehen; dies ist dann eine Art der uneigentlichen Zahlung (§. 288). Aber der Schuldner kann den Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen dazu nöthigen, und ihm die exceptio doli entgegenstellen, welche auf dem Satz beruht, daß dolo facit qui petit quod redditurus est. Der Schuldner zahlt gewissermaaßen, indem er dem Gläubiger das giebt, was er von ihm zu fordern hat. (In ein schiefes Licht aber wird die Sache gestellt, wenn man mit Krug[1] als Princip betrachtet: der Gläubiger habe sich selbst bezahlt mit dem, was er dem Schuldner schulde).

Die Gegenforderung kann

1) ex eadem causa herrühren; z. B. der Mandatar hat eine Summe abzuliefern, aber eine Gegenforderung wegen Auslagen. Hier ist nichts erforderlich als Existenz (und Fälligkeit) der Gegenforderung und Compensabilität des Gegenstandes. Ist der Gegenstand nicht compensabel, so findet doch die exceptio doli statt, als Retentionsrecht;

2) ex dispari causa. Dies wird der gewöhnliche Fall sein; die Erfordernisse der Compensation in demselben sind:

a) Existenz der Gegenforderung; der Entstehungsgrund ist gleichgültig. Sie darf aber weder ipso iure noch ope exceptionis

---

1) Krug, die Lehre von der Compensation. 1833.

aufgehoben, wohl aber kann sie auch eine naturalis obligatio sein. Daher kann z. B. eine Forderung auch nach verjährter Klage durch Compensation geltend gemacht werden.

b) Gegenforderung gegen den Kläger. Klagt daher der Vormund als Repräsentant des Mündels, so kann eine Gegenforderung gegen ihn nicht compensirt werden. Ebenso findet keine Compensation mit einer Forderung gegen einen verschiedenen Ressort des Fiscus statt. In wiefern dem Cessionar die Compensationseinrede entgegensteht, siehe oben.

c) Zahlbarkeit der Gegenforderung. Daher kann nicht zur Compensation gebracht werden quod in diem debetur. Anders si humanitatis gratia tempus indulgetur, sei es vom Gesetz, z. B. tempus iudicati, oder vom Gläubiger.

d) Compensabilität des Gegenstandes. Nur bei fungibeln Sachen ist diese denkbar, wenn par species ist, nicht bei individuell bestimmten Sachen, wenn nicht die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist, (daher ist selbst gegen eine in rem actio Compensation denkbar). Manche Juristen glauben, auch bei Obligationen auf ein Genus finde Compensation Statt. Sie verwechseln Genus und fungible Sachen. Aber ein Genus hat zwar mit diesen das gemein, daß das Individuum noch unbestimmt ist, aber darum ist es noch keine fungible Sache, schon deswegen, weil ein Genus überhaupt keine Sache ist. Ein Fall ist allerdings möglich, wo eine Compensation bei einer anderen als fungibeln Sache zulässig ist, wenn der Schuldner genau dieselbe Sache von dem Gläubiger verlangt, welche dieser von ihm zu fordern hätte. Bei einem Genus ist dies möglich, wenn der Schuldner die Wahl, und eine Sache desselben Genus vom Gläubiger zu fordern hat. Hier kann er die Sache wählen, welche er vom Gläubiger zu bekommen hat.

e) Liquidität. Liquidi cum illiquido nulla compensatio. Man darf dieses Erforderniß nicht, wie es zuweilen geschehen ist, mit der Fälligkeit verwechseln. Liquidität ist die Eigenschaft einer Forderung, daß ihre Existenz und ihr Inhalt festgestellt ist. Diese Eigenschaft braucht nun die Gegenforderung nicht schon zur Zeit der vorgeschützten Einrede zu haben. Aber sie muß sie erhalten können in nicht oder nicht viel späterer Zeit als die Forderung, deren Realisirung dadurch aufgehalten wird. Fordert die Herstellung der Liquidität bedeutend längere Zeit, als die der

eingeklagten Forderung, so ist der Beklagte damit ad separatum zu verweisen; es wäre ungerecht, den Gläubiger so lange aufzuhalten.[2]

Gegen den Fiscus muß die Gegenforderung binnen zwei Monaten bewiesen werden. Vgl. damit L. 45. §. 10. D. de iure fisci (49, 14). Schuldnern des Fiscus wird eine Frist von drei Monaten bei größeren, von zwei Monaten bei kleineren Summen gestattet. Die letztere Frist ist angenommen worden, wenn der Schuldner durch Compensation zahlen will.[3]

Ausnahmen von der Compensation siehe im Lehrbuch.

§. 290.

Die Compensation wirkt ope exceptionis, nicht ipso iure, d. h. nicht schon der Umstand, daß der Gläubiger auch Schuldner seines Schuldners ist, tilgt oder mindert seine Forderung, wenn nicht Uebereinkunft oder Einrede des Schuldners gegen die Klage hinzukommt. Ist dies geschehen, dann allerdings wird die Wirkung zurückbezogen auf die Zeit der Entstehung und Fälligkeit der Gegenforderung.

Daß die Compensation nicht ipso iure wirkt, ist eine Folge des Umstandes, daß das Gegentheil die Unverträglichkeit einer Forderung und Gegenforderung voraussetzen oder in sich schließen würde, die Entstehung der Gegenforderung wäre nicht dieses, sondern bloß eine Aufhebung der Forderung. Dies ist entscheidend; dazu kommt, daß die Compensation von besonderen Erfordernissen abhängig gemacht ist, z. B. Liquidität, welche sich nicht wohl mit der Wirkung ipso iure vertragen, ferner daß es von dem Willen des Schuldners abhängig gemacht werden muß, ob er sich dieser Tilgungsart bedienen will; endlich würde das Gegen-

2) (Mit Recht hat die Praxis das Erforderniß der Liquidität nicht als ein materielles sondern processualisches aufgefaßt und daher im ordentlichen Processe das im Text vorgetragene Justinianische Recht für unanwendbar gehalten, vorausgesetzt, daß die Compensationseinrede sofort in der Einredeschrift vorgeschützt ist. Nur wenn die Einrede in einem späteren Stadium des Processes, in der Executionsinstanz oder im summarischen Verfahren geltend gemacht wird, muß sie liquid sein. Vgl. Dernburg, die Compensation nach röm. Recht dargestellt. 1854. S. 476 f. A. d. H.)

3) (Ungezwungener erklärt sich die Bestimmung aus der regelmäßigen Dauer der fiscalischen Processe, die demnach durch Compensationseinreden nicht verlängert werden soll. Vgl. L. 41. C. Th. de appell. (11, 30). Mit dem veränderten Proceß fällt der Satz weg. Vgl. Sintenis, das pract. gem. Civilrecht (1844—1851) Bd. 2. S. 428. Anm. 42. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. III. S. 112. A. d. H.)

theil nur Verwirrung verursachen, es würde zweifelhaft sein, ob eine Forderung entstanden, oder nur eine Aufhebung eingetreten ist.

Ein Bedenken entsteht durch einige Stellen des römischen Rechts, welche der Compensation eine Wirkung ipso iure beilegen.[1] Dieses Bedenken erledigt sich dadurch, daß der Ausdruck ipso iure verschiedene Bedeutungen hat. In folgendem Sinne kann er von der Compensation gebraucht werden:

1) im Gegensatz zur Uebereinkunft;

2) in Beziehung auf die Zurückbeziehung der Wirkung, was damit zusammenhängt;

3) auch in processualischer Beziehung konnte im alten Recht die Compensation ipso iure wirken, d. h. so daß keine förmliche Exceptio in die Formel aufgenommen zu werden brauchte. Dies war der Fall bei bonae fidei iudicia, weil exceptio doli inest bonae fidei iudiciis. Justinian hat verordnet, es solle diese Wirkung ipso iure auch von stricta iudicia gelten. Dies kann nicht jenen processualischen Sinn haben, sondern es bezieht sich nur auf die Wirkung der Retrotraction.[2]

Welche Folge hat es, wenn eine statthafte Compensation versäumt, oder eine vorgeschützte als unstatthaft verworfen wird?

Dort ist eine Nichtschuld bezahlt worden, daher findet die condictio indebiti statt, was bei einer naturalis obligatio wichtig werden kann. Deshalb kann die Compensationseinrede auch noch in der Executionsinstanz vorgeschützt werden, sofortige Liquidität vorausgesetzt, denn der Schuldner behauptet Befriedigung, er will das Urtheil erfüllen.

---

1) Vgl. Note n, o des Lehrbuchs.

2) (Die im Text vorgetragene jetzt fast allgemein gangbare Theorie des Azo, im Gegensatz der strengen Meinung des Martinus, daß Compensation ohne Berufung der Partei ganz von selbst eintrete — enthält eine Combination zweier entgegengesetzter Principien, deren Unvereinbarkeit zuerst Brinz gründlich gezeigt hat. Das Einrederecht, welches die Compensation giebt, kann unmöglich ipso iure wirken, wie in den Stellen Note n des Lehrbuchs deutlich gesagt wird, denn ipso iure ist eben der Gegensatz von per exceptionem, in jedem Fall etwas Anderes als die Retrotraction. Die Schwierigkeit beseitigt sich wohl am Einfachsten, wenn man mit Dernburg, die Compensation S. 312., dieses ipso iure überall nicht auf die Wirkung und Geltendmachung, sondern auf die objective Grundlage der Compensation bezieht: während im alten Recht Nichtcompensation die Regel und die Compensation eine subjective auf der Jurisdiction, dem richterlichen Ermessen, der Billigkeit beruhende Ausnahme war, soll die letztere jetzt nach den Grundsätzen des Rechts selbst und zwar objectiv und allgemein eintreten: — aequitas merum ius compensationis inducit —: L. 36. D. de adm. tut. (26, 7). Vgl. L. 40. D. de iud. (5, 1), L. 32. pr. D. de usuris (22, 1). A. d. H.)

Die Verwerfung geschieht entweder wegen Nichtexistenz der Gegenforderung, dann steht dem Schuldner die exceptio rei iudicatae entgegen, wenn er sie nochmals durch eine Klage geltend machen will, oder wegen Mangels eines anderen Erfordernisses, dann enthält sie bloß eine Verweisung ad separatum, also fällt die exceptio rei iudicatae weg.

Novation.

§. 291.

Novation ist die Aufhebung einer Obligatio durch eine neue, welche an ihre Stelle tritt 1) durch ein in dieser Absicht (mit dem animus novandi) errichtetes Geschäft, novatio voluntaria; 2) durch einen Act, der diese Folge unwillkührlich hat, novatio necessaria. Eine ganz unrichtige Eintheilung ist die in privativa und cumulativa; die letztere ist eine contradictio in adiecto. — Die Novation gehört noch zu den Befriedigungsarten des Gläubigers, nur daß der Gläubiger statt der Leistung eine andere Obligatio erhält, (darum steht die Compensation der solutio näher).

Die Hauptwirkung der Novation ist Aufhebung der bisherigen Obligatio, natürlich mit ihren Accessionen, Zinsen, Bürgen, Pfand. Diese Wirkung aber wird erreicht durch Errichtung einer neuen Obligatio. Der Act dieser Errichtung ist eben die Aufhebung jener Obligatio, wenn er mit dieser Absicht geschieht. Die negative Wirkung ist also keineswegs unabhängig von dem Charakter der Handlung als einer obligatorischen. Aber diese Abhängigkeit bezieht sich zunächst nur auf den Act der Errichtung einer neuen Obligatio, nicht auf die Existenz dieser neuen Obligatio selbst.

1) Ist die neue Obligatio bedingt errichtet, so ist auch die Novation bedingt, denn jener Act ist eben zugleich die Novation.

2) Aus demselben Grunde muß die Novation ungültig sein, wenn die Errichtung der neuen Obligatio ein nichtiger Act ist.

3) Dagegen kann die neue Obligatio eine sehr eingeschränkte Wirkung haben, und dessenungeachtet die negative Wirkung eine vollkommene sein. Ebenso kann sie nachher zerstört werden, ohne daß dies die alte Obligatio wieder ins Leben zurückruft.

Die Novation kann so geschehen, daß die neue Obligatio unter anderen Personen besteht, als die alte, d. h. sie kann eine

Veränderung des Gläubigers oder des Schuldners bewirken. Die Veränderung des Gläubigers kann nie ohne Zustimmung des bisherigen Gläubigers geschehen, die Veränderung des Schuldners ist möglich mit und ohne den Willen des bisherigen Schuldners.

Die Zustimmung dieser Personen (des Gläubigers oder des Schuldners) wird ertheilt in der Form eines Auftrags, Delegation, an die beiden Personen, welche die Obligatio unter sich errichten sollen. Der Delegans (Auftraggeber) ist der Gläubiger oder der Schuldner. Die Person, welche in der neuen Obligatio Schuldner werden soll, heißt Delegatus, und dies kann der alte Schuldner sein, wenn der Gläubiger sich verändert, oder ein neuer, wenn der Schuldner sich verändert; die Person, welche Gläubiger werden soll, sei es der alte oder ein neuer, heißt Delegatarius. Mit diesem Geschäft ist aber die Novation noch nicht beendigt. Es muß noch der Contract zwischen Delegatus und Delegatarius hinzukommen; dadurch erst ist die alte Obligatio aufgehoben.

Soll bloß der Schuldner verändert werden, so ist die Delegation nicht schlechthin nothwendig. Die Novation kann auch ohne seine Mitwirkung durch den bloßen Act, wodurch der neue Schuldner sich verpflichtet, geschehen, wenn er dies in der Absicht thut, den alten Schuldner zu befreien, und auch der Gläubiger damit übereinstimmt. Dies heißt expromissio.

Die Erfordernisse der Novation überhaupt sind

1) eine bestehende Obligatio, sonst ist auch die neue nicht gültig (sine causa); aber auch eine naturalis obligatio reicht hin. Bei einer bedingten Obligatio ist auch die Novation eine bedingte.

2) Die neue Obligatio muß mit der Absicht contrahirt werden, sie an die Stelle der alten zu setzen, animus novandi. Ohne diesen Animus kann das Geschäft entweder als eine bloße Zusatzverabredung aufgefaßt werden (dies ist anzunehmen, wenn die neue Obligatio sich auf die bisherige bezieht, denselben Gegenstand hat), oder es sind zwei ganz von einander unabhängige Obligationen. Wenn bei der Annahme eines neuen Schuldners oder Gläubigers der animus novandi fehlt, so können entweder zwei Obligationen contrahirt sein, oder eine Correalobligation, wenn nämlich der

zweite Schuldner oder der zweite Gläubiger denselben Gegenstand zu leisten oder zu fordern hat.

Man behauptet häufig, nach justinianischem Recht müsse der animus novandi ausdrücklich erklärt werden.[1] Dies ist unrichtig. Das Gesetz, welches man unrichtig interpretirt hat, erklärt sich aus einer Controverse, die über diesen Punkt unter den alten Juristen bestand, siehe Gaius a. a. O. (Instit. lib. III. §. 178). Die meisten nahmen an, daß bei gewissen Veränderungen eine Novation präsumirt werden müsse, es sollte also eine Untersuchung des animus novandi nicht nöthig sein. Nur waren sie wieder über manche Fälle im Streit. Justinian verordnet, niemals soll mehr der animus novandi präsumirt werden, es soll künftig die Clausel sine novatione nicht mehr nöthig sein. Aber eine ausdrückliche Erklärung schreibt er nirgends vor; indem er die wirkliche Existenz des animus novandi fordert, schließt er durchaus nicht die Möglichkeit einer stillschweigenden Erklärung aus.

3) Berechtigung zur Novation. Cui recte solvitur, is etiam novare potest. Das recte solvitur ist aber nicht uneigentlich zu verstehen, es gilt nur von dem, an welchen die eigentliche Zahlung geschehen kann, z. B. nicht von den in potestate des Gläubigers Befindlichen. Eine Ausnahme von dieser Regel macht der solutionis causa adiectus, welcher nicht noviren kann, [obgleich er zur Empfangnahme der Zahlung befähigt ist, eben weil er nur für die eigentliche Zahlung legitimirt ist]. Ferner Filiifamilias hinsichtlich der Forderungen, die sie für das Peculium erworben haben; sie können die Zahlung annehmen, sind aber beschränkt in Beziehung auf die Novation, siehe Note k des Lehrbuchs (Beispiel der Nothwendigkeit der Vergleichung von Parallelstellen!). Die Novationsbefugniß liegt nicht schon in der ihnen gegebenen Verwaltung des Peculiums, die Administration muß entweder speciell darauf erstreckt, oder sie muß ihnen allgemein mit unbeschränkter Veräußerungsbefugniß vom Vater gegeben sein. Aber auch dann darf die Novation (was bei der Delegation möglich wäre) nicht unter den Begriff einer Schenkung fallen.

§. 292.

Siehe das Lehrbuch.

---

1) Vgl. die Stellen und Citate der Note h des Lehrbuchs.

Ein richterliches Urtheil hat eine aufhebende Kraft

1) durch seinen Inhalt, vermöge des Grundsatzes: Res iudicata pro veritate accipitur. Diese Wirkung setzt ein absolutorisches Urtheil voraus, und zwar auf den Grund der Nichtexistenz der Obligatio. Davon handelt §. 293;

2) schon durch die novatio necessaria, welche darin liegt. Diese Wirkung ist von dem Inhalt des Urtheils unabhängig, daher kann sie auch einem condemnatorischen Urtheil zukommen, so daß der condemnirte Schuldner nicht mehr aus dem Darlehen schuldet, sondern aus dem Urtheil. Der Beklagte hat die exceptio rei iudicatae, wenn der Kläger dieselbe Klage noch einmal anstellen wollte, z. B. weil er Nebengegenstände zu fordern vergessen hat. Doch setzt die Wirksamkeit der Exceptio voraus, daß der Excipient seinerseits das condemnatorische Urtheil erfüllt hat. Ist dies nicht der Fall, so hat der Gläubiger die replicatio si non secundum se iudicatum sit, d. h. im Collisionsfall geht die materielle Function der res iudicata der formellen vor, [nach welcher der Schuldner allerdings befreit sein würde].

Res iudicata.

§. 293.

Siehe das Lehrbuch.

Vergleich.

§. 294.

Es giebt Verträge, welche den Zweck haben, eine bestehende Ungewißheit von Rechtsverhältnissen, namentlich auch eine solche die durch Bestreitung entsteht, zu beseitigen, und zwar auf einem anderen Weg als entweder dem natürlichen (der Zeit), [durch Eintritt oder Deficienz von Bedingungen], oder bei Bestrittenheit der Beendigung durch richterliches Urtheil. In diesen Verträgen liegt zugleich eine Aufhebung der bisherigen Ansprüche, an deren Stelle eben das durch die Uebereinkunft Vermittelte treten soll. Solche Verträge können überhaupt Vergleiche genannt werden, es gehören dahin transactio, iusiurandum voluntarium, Compromiß. Bei dem Eid soll das als gewiß und wahr gelten, was die Parteien beschwören werden, bei dem Compromiß das, was

der Arbiter entscheiden wird. Bei dem eigentlichen Vergleich, transactio, dagegen wird unmittelbar vertragsweise festgesetzt, was an die Stelle der Ungewißheit treten soll.

Die Erfordernisse siehe im Lehrbuch. Hervorzuheben ist noch Folgendes:

Der Vergleich setzt vor allem Ungewißheit voraus, welche gewöhnlich durch Bestreitung eines Verhältnisses veranlaßt sein wird, aber auch außerdem denkbar ist. Wenn daher das Rechtsverhältniß, welches bisher bestritten war, durch rechtskräftige Sentenz, gegen die kein Rechtsmittel zuläßig ist, entschieden ist, so ist kein Vergleich denkbar. Manche Juristen haben für diesen consequenten Satz ganz andere exoterische Gründe aufgesucht; so glaubten namentlich sonst nicht wenige, die Klaglosigkeit der Pacta sei die Veranlassung dazu, daher sei heutzutage ein solcher Vergleich gültig. Diese Ansicht beruht auf einem Irrthum. Thibaut verwirft diese Vergleiche aus dem Grunde, weil sie gegen die den Gerichten gebührende Ehrfurcht stritten, aber dies würde weit eher für die Vergleiche ante rem iudicatam behauptet werden können. [Aber die transactio post rem iudicatam ist deshalb ungültig, weil sie das Erforderniß der Ungewißheit nicht hat.]

Ferner der Vergleich kann nie wegen eines Irrthums über seinen eigentlichen Gegenstand angefochten werden, da ja Ungewißheit und Möglichkeit eines Irrthums vielmehr vorausgesetzt wird. Anders ist zu entscheiden, wenn das, was als gewiß vorausgesetzt war, unrichtig ist, z. B. wenn bei einem Erbschaftsvergleich nicht die Größe der Erbschaft bestritten, sondern nur der Erbschaftsanspruch das Ungewisse war. In einem Falle hebt allerdings die nachherige Gewißheit des früher Ungewissen den Vergleich auf: wenn nämlich ein Vergleich geschlossen ist über den Inhalt eines damals nicht vorhandenen, später aufgefundenen Testaments. Die Achtung vor dem Willen des Testators fordert hier eine andere als die regelmäßige Entscheidung.[1]

---

1) (Die Vergleichung der Stelle Note d des Lehrb. (L. 6. D. de transact. 2, 15) mit L. 1. §. 1. D. test. quemadm. (29, 3), wo jene lex geminata im Zusammenhange vorkommt, ergiebt, daß die Unmöglichkeit eines Vergleichs vor der Testamentseröffnung eben so gut nur eine faktische ist, wie die eines Processes. Eine rechtliche Unmöglichkeit würde sich eher nach als vor der Eröffnung behaupten lassen, wegen der dann wegfallenden Ungewißheit. Der falsche Schein einer solchen ist durch das Streben Justinian's nach möglichst allgemeinen Sätzen entstanden, ein abermaliges Beispiel der Nothwendigkeit der Vergleichung von Parallelstellen. A. d. H.)

Sodann ergiebt sich aus jener Voraussetzung, daß von einer Anfechtung des Vergleichs wegen laesio enormis (Verletzung über die Hälfte) nicht die Rede sein kann, da gar kein bestimmter Maaßstab für dieselbe existirt.

Endlich hängt damit zusammen, daß der Vergleich keine Schenkung sein kann. Dies wäre der Fall, wenn ein gewisses Rechtsverhältniß aufgegeben würde. Ebenso wenn überhaupt bloß die eine Partei Ansprüche aufgäbe, ohne einen Vortheil dagegen zu empfangen. Dadurch unterscheidet sich der Vergleich vom Erlaß. Aber es ist genug, daß von beiden Seiten ein Nachlassen an den gemachten Ansprüchen und Behauptungen eintritt, es wird nur ein Nachlassen an den ungewissen Ansprüchen vorausgesetzt, nicht nothwendig ein reelles. Ein Vergleich ist also nicht ungültig darum, daß sich nachher ergiebt, eine der Parteien war gar nicht berechtigt, hat also in der That nichts aufgeopfert, sondern bloß lucrirt, (der Erfolg als ein zufälliger ist hier so wenig ausgeschlossen, wie bei anderen onerosen Geschäften). Nur wegen Dolus, also insonderheit Calumnia, [d. h. hier Bewußtsein von der Ungerechtigkeit des erhobenen Rechtsstreits] kann der Vergleich in solchen Fällen angefochten werden.

Iusiurandum voluntarium.

§. 295.

Siehe das Lehrbuch.

Compromiß.

§. 296.

Die Parteien können übereinkommen, ihren Rechtsstreit statt von dem ordentlichen Richter, von einer Privatperson entscheiden zu lassen, (davon ist zu unterscheiden, wenn sie nur übereinkommen, einen Rechtsstreit vermitteln, beilegen zu lassen). Diese Privatperson heißt Schiedsrichter, arbiter, iudex compromissarius. Die Uebereinkunft unter den Parteien heißt Compromiß, die Uebereinkunft der Parteien mit dem Arbiter, wodurch dieser die Entscheidung der Sache übernimmt, receptum arbitrii. Die Gültigkeit jedes dieser Verträge hängt von der des anderen ab.

Nach heutigem Recht hat das Compromiß die Wirkung des Vergleiches in doppelter Hinsicht: 1) das Compromiß hindert, seine Gültigkeit vorausgesetzt, die sonstige Geltendmachung der Obligatio, es hebt diese auf und setzt an ihre Stelle den Inhalt des Arbitriums; 2) es verpflichtet zur Anerkennung des Arbitriums, des absolutorischen sowohl als des condemnatorischen. Jenes befreit den Schuldner, dieses giebt dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung.

Das römische Recht geht von einem anderen Gesichtspunkte aus. Das Compromiß soll nicht für sich die Kraft haben, den Rechtsstreit der Cognition des öffentlichen Richters zu entziehen. Weder das Compromiß selbst, noch der Spruch des Arbiters schließt die Parteien von dem ordentlichen Rechtsweg aus, auf Erfüllung des condemnatorischen Spruchs kann nicht geklagt werden.

Daher war nach römischem Recht ein wesentliches Erforderniß des Compromisses eine poena, die von beiden Seiten versprochen werden muß, und die von dem geleistet werden soll, welcher das Compromiß bricht. Diese Strafe kann eine Geldsumme oder eine andere Leistung sein. Auf diese poena allein ist die Verpflichtung aus dem Compromiß gerichtet.

Schon im neuesten römischen Recht hat man sich einer directen Wirkung des Compromisses genähert, so daß wenigstens in zwei Fällen die Parteien an das Compromiß gebunden sind und die Sache nicht mehr vor Gericht ziehen können, siehe das Lehrbuch.

Auf diesem Weg ist man im Mittelalter fortgeschritten, und zu dem obigen Resultat gelangt, wonach die Ausnahme jetzt Regel und das Versprechen einer poena überflüssig geworden ist. Der Grund war vornehmlich der, weil es Bedürfniß war, mit der Reception des römischen Rechts und der dadurch entstehenden Herrschaft der gelehrten Richter in den Gerichten, den Parteien die Möglichkeit einer davon unabhängigen Beurtheilung ihres Rechtsstreits zu verschaffen. Dies war namentlich da der Fall, wo es auf eine Beurtheilung nach einheimischem Recht ankam, welches in jenen Gerichten nicht genügend vertreten wurde. — Im alten römischen Recht war den Parteien ein Einfluß auf die Wahl des Richters schon in den ordentlichen Gerichten gestattet;

dieser Einfluß ist später weggefallen, daher mußte die Möglichkeit eines solchen Einflusses in dem Compromiß geöffnet werden.

Es entsteht hier noch die Frage: ist die Verabredung, daß künftige Rechtsstreitigkeiten unter den Contrahenten ausschließlich durch Compromiß entschieden werden sollen, wirksam? Die Entscheidung ist folgende: diese Verabredung ist noch kein Compromiß, sondern ein pactum de compromittendo. Es ist hiefür die nur indirecte Wirkung zu behaupten, durch poena, wenn eine solche versprochen ist. Etwas anderes ist es, wenn Corporationen mit bestätigten Statuten auf Grund der ihnen zustehenden Autonomie jene Bestimmung getroffen haben.

§. 297—301.

Siehe das Lehrbuch.

Zufall als Aufhebungsgrund von Obligationen.

§. 302.

Zufall, casus, ist ein Ereigniß, welches der betreffenden Person nicht zugerechnet werden kann, das sie weder durch Dolus noch durch prästable Culpa verursacht hat. Der Begriff des casus ist also ein relativer; z. B. der durch die Handlung einer Person verursachte Schaden kann Zufall sein, und auf der anderen Seite der durch ein natürliches Ereigniß hervorgebrachte ist vielleicht kein zufälliger, z. B. Schiffbruch, wenn die nachtheilige Folge durch Sorgfalt vermieden werden konnte, oder sie nur durch eine unerlaubte Handlung möglich geworden ist, indem z. B. eine zum Landgebrauch geliehene Sache über See mitgenommen worden ist.

Der Zufall wird ein Aufhebungsgrund von Obligationen, wenn die Leistung dadurch eine unmögliche wird, theilweise, wenn sie zum Theil unmöglich wird.

Dies setzt aber voraus, daß die Leistung eine individuell bestimmte ist, eine nur der Gattung nach bestimmte Sache kann nicht untergehen. Der Schuldner einer Summe wird nicht befreit, wenn das von ihm zur Erfüllung bestimmte Geld vor der Leistung untergeht, z. B. beim Boten, [oder auf der Post]; anders wenn er durch die Ueberlieferung des Geldes an den Ueberbringer schon geleistet hat; dies ist der Fall, wenn dieser

als verus procurator anzusehen ist, [indem der Schuldner nun schon vor dem Untergang der Sache befreit ist].

Bei der Obligatio auf alternative Gegenstände wird der Schuldner erst durch den Untergang aller befreit. Es kann sein, daß einer durch eine Handlung des Schuldners untergegangen ist, der andere nachher durch Zufall. Hatte der Schuldner die Wahl, so ist die Obligatio aufgehoben, der Gläubiger hat in diesem Fall nur die actio doli, wenn Dolus des Schuldners im Spiel gewesen ist; hatte der Gläubiger die Wahl, so geht nunmehr die Forderung auf den Werth des ersten Gegenstandes. — Der zufällige Untergang eines Gegenstandes nimmt ihn aus der Wahl heraus, (nicht die zufällige Verschlechterung), daher kann derjenige, welcher die Wahl hat, nicht etwa die Aestimation des untergegangenen wählen, ausgenommen bei Vermächtnissen, wo der zufällig untergegangene Gegenstand der Wahl nicht entzogen wird, eine Ausnahme, die Manche mit Unrecht zur Regel machen.[1] Ebenso ist es, wenn einer von zwei alternativ geschuldeten Gegenständen durch Schuld des Gläubigers untergeht. Hatte der Schuldner die Wahl, und der noch übrig gebliebene Gegenstand ist der bessere, so daß der Schuldner jetzt diesen leisten muß, so wird bei dem Schadensersatz, zu dem der Gläubiger vermöge der lex Aquilia verpflichtet ist, jener untergegangene Gegenstand nach dem Werth dieses noch übrig bleibenden bemessen, denn darum ist der Schuldner beschädigt.

Die Aufhebung der Obligatio hat ihren Grund darin, daß der Casus nicht prästirt wird. Dieser Grundsatz hat eine Ausnahme bei der Mora, siehe oben, ferner wenn der Schuldner den Zufall übernommen hat. Dahin gehört auch die Uebernahme der Culpa Anderer, und diese Uebernahme geschieht stillschweigend, wenn sich jemand zu einem Geschäft vermiethet, zu dem er Gehülfen zuzieht. Dagegen tritt diese Haftung nicht überall ein,

---

1) (J. A. v. Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen Bd. III. §. 569. S. 22, Fuchs, im Archiv für civ. Pr. Bd. XXXIV. (1851) S. 236, Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse (1853) S. 310 ff. Dagegen spricht nicht nur: daß die Aestimation des untergegangenen Gegenstandes gar nicht in obligatione ist, sondern auch außer den Note d des Lehrbuchs angeführten Stellen noch L. 9. §. 2. D. de fundo dotali (23, 5), L. 16. pr. D. de V. O. (45, 1). Dagegen entscheidet auch L. 95. §. 1. D. de solut. (46, 3) nicht. Der Schluß dieser Stelle betrifft nicht den zufälligen Untergang des ersten Objects, sondern den des zweiten nach culposer Vernichtung des ersten. A. d. H.)

wo der Verpflichtete etwas durch einen Anderen thut, z. B. bei Zurücklieferung der geliehenen Sache durch einen Boten haftet er nicht, wenn er nicht in culpa war in Auswahl der Boten. Ist dies nicht der Fall, so ist er nur zur Cession der Klage gegen den Boten verpflichtet.

Durch die Befreiung des Schuldners von der Leistung ist noch nicht entschieden, wen der Zufall trifft, d. h. wer den Nachtheil davon hat. Dies kann dessenungeachtet der Schuldner sein, wenn nämlich eine Gegenleistung für ihn festgesetzt ist, und er diese nicht erhält; den Gläubiger wird der Zufall ferner nicht schon darum treffen, weil er die Leistung nicht erhält, sondern nur dann, wenn entweder keine Gegenleistung verabredet war, oder wenn er die verabredete Gegenleistung dennoch geben muß. Man hat die Frage beantwortet mit dem Sprüchwort: Casum sentit dominus. Dieser Satz ist durchaus keine allgemeine Regel und ganz untauglich, jene Frage zu entscheiden. Die Sache beruht auf folgenden Sätzen.

Wenn bei einer gegenseitigen Obligatio die eine Leistung durch Zufall nach der Perfection des Vertrags unmöglich wird, so wird der sie Schuldende befreit, und hat dennoch Anspruch auf die Gegenleistung, der Zufall trifft den Gläubiger, dieser hat das periculum (ebenso wie er auch das commodum hat, ohne daß sich dadurch die Gegenleistung vergrößert). — In unserem geschriebenen Recht ist die Frage so bei dem Kaufcontract entschieden. Daß nur dieser erwähnt wird, hat einen sehr natürlichen Grund. Er liegt in der geringen Zahl der gegenseitigen Contracte im römischen Recht. Bei den Innominatcontracten, z. B. Tausch, war die Anwendung ausgeschlossen durch das ius poenitendi, welches der Gläubiger hatte, so lange die Gegenleistung noch nicht erfolgt war, auch wenn sie durch Zufall nicht erfolgte. Dies fällt heutzutage weg. In diesen Fällen wird bei der Klagbarkeit der Pacta schon eine gegenseitige Obligatio contrahirt, von der dasselbe gilt, was das römische Recht vom Kauf sagt.

Dessenungeachtet wollen nicht wenige Juristen jene Entscheidung auf den Kauf beschränken. Dies wäre höchstens zulässig, wenn jene Entscheidung eine Singularität wäre, sie ist aber vielmehr eine sehr consequente Bestimmung, [die nicht auf den Kauf allein berechnet ist, sondern von allen gegenseitigen Obligationen gilt).

Wenn Leistung und Gegenleistung sofort bei der Perfection des Vertrags erfolgt wären, so würde offenbar jenes Resultat eingetreten sein, der Käufer hätte Sache und Preis verloren. Durch den zufälligen Aufschub der Vollziehung kann das Resultat rechtlich nicht geändert werden. Dieses Princip gilt von dem Commodum, es gilt natürlich auch von dem Periculum.

Aus diesem Grund muß denn auch eine Ausnahme eintreten, wenn die Leistung ihrer Beschaffenheit nach nicht mit der Perfection geschehen konnte. Dies ist der Fall, wenn sie in der Ueberlassung des Gebrauchs eines Gegenstandes für eine gewisse Zeit besteht, (so bei der locatio conductio von Diensten oder Sachen). Hier wird die Gegenleistung nur für die Zeit bezahlt, für welche der Gebrauch wirklich gewährt ist. Die Unmöglichkeit, welche aus dem Gegenstand kommt, hemmt mit ihrem Eintritt die Gegenleistung, so z. B. Zerstörung des vermietheten Gebäudes, Krankheit des Dieners bei der Dienstmiethe.

Anders ist es natürlich, wenn den Miether ein Hinderniß trifft, welches ihm den Gebrauch unmöglich macht. Hier muß er die Gegenleistung zahlen. Dieser Fall gehört aber gar nicht hieher, denn hier kann nicht von einer eigentlichen Unmöglichkeit der Leistung die Rede sein.[2]

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Obligationen.

§. 303.

Siehe das Lehrbuch.

Geschäftsobligationen.

Beschränkt einseitige.

Darlehen.

§. 304.

Die Entstehung der Darlehensobligatio setzt zweierlei voraus: Uebereinkunft zwischen beiden Parteien, denn das Darlehen ist ein

2) (Unter diesen Gesichtspunct fällt die Bestimmung der letzten Stelle Note h des Lehrbuchs (L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. (50, 13), vgl. L. 38. §. 1. D. locati (19, 2), die der Verfasser unrichtig als eine singuläre Ausnahme des Advocatenlohns von dem Wegfall der Gegenleistung bei der locatio im Falle zufälliger Unmöglichkeit der Leistung behandelt. A. d. H.)

Vertrag, und Uebergang des Eigenthums von dem Darleiher an den Schuldner.

Die erste Voraussetzung hat keine Ausnahme. Oft hat man irrthümlich einen Fall angenommen, wo ohne Uebereinkunft doch eine Darlehensobligatio existire. Der Inhalt der Stelle, auf welche man sich dabei berufen hat,[1] ist: wenn mein Geld an jemanden gekommen ist, der mit mir gar nicht contrahiren wollte, so habe ich gegen ihn die condictio, aber nicht die condictio ex mutuo, sondern die condictio sine causa (s. g. condictio Iuventiana).

Die zweite Voraussetzung erleidet Modificationen; es giebt Fälle, wo ein Mutuum angenommen wird ohne sie:

1) Wenn das Eigenthum nicht übertragen wurde, weil der Geber nicht Eigenthümer oder nicht dispositionsfähig war, so findet eine Vindication der Geldstücke statt, und so lange diese stattfindet ist keine Condictio möglich. Die Vindication fällt weg und die Condictio entsteht, wenn der Empfänger bona fide consumirt hat.

2) Wenn das Eigenthum zwar übergegangen, aber nicht von dem Darleiher selbst ausgegangen ist; drei Fälle sind hier denkbar:

a) wenn ich meinem Schuldner den Auftrag gebe, dem Empfänger das Geld in meinem Namen zu geben, so ist dies ein Darlehen, ungeachtet das Geld nicht von mir an ihn gekommen ist. Dies war von allen römischen Juristen angenommen;

b) wenn ich meinem Schuldner den Auftrag gebe, das aus einem anderen Grund Geschuldete selbst als Darlehen zu behalten. Das Mutuum wird geschlossen durch diese Uebereinkunft;

c) wenn dem Empfänger andere Sachen übergeben werden, damit er sie verkaufe, und den Preis als Darlehen behalte (s. g. contractus mohatrae), so ist dies ebenfalls ein Darlehen. Das Mutuum existirt mit dem Verkauf.

In den beiden letzten Fällen waren einige römische Juristen

---

1) L. 32. D. de reb. cred. (12, 1): Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti, sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est (Iuvent. Celsus).

abweichender Ansicht, weil man so jeden Vertrag in ein Mutuum verwandeln könne. Die freiere Ansicht war die herrschende und ist auch im justinianischen Recht recipirt, [obwohl sich Spuren jener Controverse in unseren Quellen finden]. Für uns hat dies kein entscheidendes Interesse mehr wegen der Klagbarkeit der Pacta.

Die condictio ex mutuo kann nach römischem Recht als eine stricti iuris actio nicht auf mehr, als gegeben ist, gerichtet werden, [daher nicht auf Zinsen, weder auf versprochene noch auf Verzugszinsen. Wenn daher Zinsen wirksam versprochen werden sollten, so mußten sie durch einen besonderen Zinscontract, foenus, stipulirt werden]. Diese Beschränkung fällt mit ihrem Grund heutzutage weg.

Zu den Zusätzen, welche die Darlehensobligatio erhalten kann, gehört auch ein Prämium, das dem Gläubiger zugesichert wird, dafür daß er die Gefahr des Geldes oder der dafür angeschafften Waaren übernimmt, bis sie an den Empfänger gelangen. Die Folge ist, daß der Gläubiger entweder nichts erhalten soll oder mehr als er gegeben hat. Am gewöhnlichsten kommt dies vor bei der Sendung über See (pecunia traiectitia), die Prämie heißt hier foenus nauticum, aber auch bei sonstiger Gefahr, foenus quasi nauticum. Für dieses Prämium ist keine gesetzliche Schranke festgesetzt, obwohl es die Form von Zinsen annimmt. So im alten römischen Recht; nach justinianischem Recht wurde die Höhe der Prämie auf 12% beschränkt, nach der Praxis ist sie wieder unbeschränkt.

Zu L. 5. D. de nautico foenore:[2] si modo in aleae speciem non cadat, d. h. wenn es nicht ein Spiel ist, welches ja gerade in dieser Procedur besteht, daß jemand nichts erhält oder mehr als den Einsatz. Es muß also eine wirkliche Versicherung gegen einen Nachtheil die Causa sein.

§. 305.

Ein Schuldschein über den Empfang eines Darlehens hat vor zwei Jahren keine beweisende Kraft, innerhalb derselben hat

---

2) L. 5. D. de naut. foen. (22, 2): Periculi pretium est, et si conditione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis, et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat, veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut: si manumittas, si non

der Aussteller des Schuldscheins die querela non numeratae pecuniae. Dieses Rechtsmittel läßt sich in dreifacher Form denken: als exceptio non numeratae pecuniae, als Klage (condictio sine causa), endlich als Protestation; siehe das Lehrbuch.

Die Querel fällt weg:

1) Durch sonstige Anerkennung, welche noch außer dem ausgestellten Empfangschein erfolgt; eine solche Anerkennung des Empfangs ist namentlich Zinsenzahlung oder theilweise Capitalzahlung, aber auch wörtliche Anerkennung hat diese Folge. Dahin gehört auch, wenn die Urkunde die ausdrückliche Bemerkung enthält, daß der Schuldner das Geld schon früher empfangen hat, also wenn sie sich nicht als eine an den Empfang unmittelbar sich anschließende, sondern ganz davon getrennte darstellt, z. B. Ich bekenne, daß ich 2c. Darlehen vor einem Jahr empfangen habe 2c.

2) Durch Verzicht. Man bestreitet die Möglichkeit des Verzichts in der Urkunde selbst ohne Grund. Der Grund: man müsse annehmen, auch der Verzicht sei in der Hoffnung des Empfangs geschehen, wäre auch gegen eine nachfolgende Entsagung anzuführen: „er hat um das Geld zu bekommen natürlich einen wirksamen Verzicht ausgestellt; mit einem ungültigen würde der Gläubiger nicht so thöricht sein, sich zu begnügen." Das Argument spräche also gegen jeden Verzicht.[1]

In diesen beiden Fällen ist es klar, daß die Querel der vollkommenen Beweiskraft der Urkunde Platz macht, daß aber das Wegfallen der Querel der Urkunde nicht mehr Kraft giebt, als dieselbe ohne sie haben würde.

3) Durch Ablauf der Zeit, ohne Gebrauch der Querel. Auch hier ist in Beziehung auf die Wirkung zu behaupten, was dort. Die Urkunde hat jetzt die beweisende Kraft, welche eine

---

illud facias, si non convaluero et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut si cepisset, redderet, et athletae unde se exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

1) (Die entgegenstehende herrschende Meinung, welche den Verzicht in der Urkunde selbst, mit Ausnahme des eidlichen, für ungültig hält, stützt sich aber noch auf einen zweiten Grund: daß nämlich die einfache Entsagung eine stehende und deshalb bedeutungslose Clausel der Schuldverschreibungen zu bilden pflegt. Vgl. Sintenis, das pract. gem. Civilrecht Bd. 2. §. 96. Anm. 44., Seuffert, prakt. Pandektenrecht (3. Aufl. 1852) §. 311. Anm. 12. Bd. 2. S. 172. A. d. H.)

andere als eine Darlehensurkunde sofort haben würde. Dies schließt den Gegenbeweis nicht aus, nur darf dieser freilich nicht durch Eidesdelation geführt werden, [denn der Schuldner kann dem Kläger nicht zumuthen, noch zu beschwören, was er schon bewiesen hat. Deswegen wird der Gegenbeweis auch sehr schwer sein]. Dieser Gegenbeweis ist als geführt zu betrachten, wenn nur der Beklagte beweist, daß er zur Zeit der Ausstellung das Darlehen noch nicht empfangen hatte.

Dies ist auch die in der Praxis recipirte Ansicht, nur haben die Praktiker sie unpassend so ausgedrückt: die exceptio non numeratae pecuniae finde vor und nach dem Ablauf der zwei Jahre statt, vor dem Ablauf sei sie privilegirt, d. h. der Excipient brauche sie nicht zu beweisen, nach zwei Jahren aber müsse sie bewiesen werden. Nach dem Ablauf ist es aber gar keine Exceptio mehr, sondern nur eine Negation des Klagegrundes, der Beweis ist ein directer Gegenbeweis.

Die Stellen des römischen Rechts enthalten auch nichts anderes, vergl. u. a. L. 4. C. de dotis promissione,[2] wo der Gegenbeweis nur verworfen wird, wenn dem Bekenntniß ein Vertrag zu Grunde liegt. Eine Stelle[3] scheint das Gegentheil zu sagen, „scriptura obligatur." Sie ist jedoch nur als aus einer Ungenauigkeit der Institutionenverfasser hervorgegangen zu betrachten, deren Veranlassung sich aus des Theophilus[4] Paraphrase ergiebt („Wenn man recht genau zusehen wolle, könne man sogar im geltenden Recht dergleichen finden").

Senatusconsultum Macedonianum.

§. 306.

Das S. C. betrifft Gelddarlehen an eine der väterlichen Gewalt unterworfene Person. Diese sollen nach demselben keine klagbare Obligatio hervorbringen. Das Darlehen muß nicht bloß versprochen, sondern gegeben sein, ehe die Person frei wurde. Die Simulation eines anderen Geschäfts überhebt natürlich nicht

2) L. 4. C. de dot. prom. (5, 11): Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti, quam suscepisti, intelligis de his, quae desunt, petendis pactum esse secutum.

3) Tit. Inst. de literarum oblig. (III. 21): — — Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. — —

4) (Ad Inst. tit. III, 21 . . . Sed haec hodie non sunt in usu. Invenire tamen licet, si quis curatius consideret, et hodie literarum obligationem

den Folgen des S. C., so z. B. der s. g. contractus mohatrae. Dagegen ist auch die Form des Darlehens es nicht allein, welche zu berücksichtigen ist, sondern die Sache. Wenn das Geschäft ein Kauf ist, und die Forderung des Kaufpreises durch Creditirung desselben die Form des Darlehens angenommen hat, so wird das Geschäft dadurch nicht dem S. C. unterworfen.

Die exceptio S. C. Macedoniani steht dem Sohn selbst, auch nachdem er schon Paterfamilias geworden ist zu, ebenso seinen Erben, und auch dem Vater, namentlich gegen die actio de peculio, (nicht gegen die actio quod iussu, institoria, exercitoria, tributoria, de in rem verso). Das S. C. läßt die Obligatio als naturalis bestehen, daher findet im Fall der erfolgten Zahlung keine condictio indebiti Statt. Aber noch gegen die actio iudicati findet die Exceptio statt, [also wenn sie an der gehörigen Stelle gegen die Condictio versäumt worden ist]. Dagegen wird sie doch auch dem Bürgen gegeben, aber nur insofern er den Regreß gegen den Schuldner hätte, also nur in dessen Interesse. Daher hat der Bürge sie nicht, wenn er animo donandi intercedirte, also keinen Regreß hat.

Die zurückbleibende naturalis obligatio schließt eine Zurückforderung durch Condictio aus, nicht aber die Vindication, wenn der Sohn mit dem Geld des Vaters bezahlt hat. Diese Vindication des Vaters findet Statt: 1) wenn die Geldstücke noch in natura vorhanden sind, 2) wenn die Geldstücke consumirt sind, für den Fall, daß der Gläubiger nicht in bona fide war, also dolo desiit possidere, (hier steht dem Vater auch die actio ad exhibendum offen, und diese ist vortheilhafter, weil sie schneller zum Ziel führt). Nur wenn der Gläubiger bona fide consumirt hat, fällt die Vindication weg; dies wird aber höchst selten der Fall sein, da der Gläubiger die Eigenschaft des Schuldners als Filiusfamilias kennt, und also voraussetzen muß, daß das bezahlte Geld Geld des Vaters ist.

Die zweite Stelle in der Note 2 des Lehrbuchs[1] scheint die Condictio zu geben, welche die erste wenn consumirt ist ver-

---

usurpari sub alia forma. Nam si quis .... Et ecce, interdum et hodie aliquis obligatur literis. — (nach der Uebersetzung von Reitz. 1751. Bd. 2. S. 670. f.) A. d. H.)

1) L. 9. §. 1. D. ad S. C. Macedonianum (14, 6): Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Iulianus, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia,

wirft.[2] Beide Stellen sind von demselben Juristen, aus demselben Werk, ja aus demselben Abschnitt dieses Werks. Der Widerspruch dieser beiden Stellen muß also seinen Grund in einer falschen Lesart haben. Es muß in L. 9. cit. statt condictionem ex omni eventu gelesen werden: vindicationem. Die Worte: ex omni eventu heißen, die nummi mögen exstantes sein oder consumti, die Möglichkeit der Consumtion bona fide wird als eine sehr entfernte nicht besonders erwähnt. Diese Emendation ergiebt sich als eine nothwendige nicht bloß, weil sonst ein Widerspruch zwischen jenen beiden Stellen stattfände, sondern aus dem Zusammenhang der Stelle selbst. Die Klage, von welcher die Rede ist, wird abgeleitet aus dem Umstand, daß der Sohn nicht veräußern konnte. Daraus aber folgt durchaus nicht die Statthaftigkeit der Condictio, [(denn diese setzt voraus, daß gültig veräußert worden und Eigenthum übergegangen ist)], sondern nur die der Vindication. Ferner fände die Condictio gewiß nicht Statt ex omni eventu, nicht bei nummi exstantes.

Condictionen ohne Contract.

§. 307.

Eine Condictio findet Statt, wo etwas aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen gekommen ist, und ein obligatorischer Grund besteht, der zur Zurückgabe verpflichtet, vorausgesetzt, daß nicht noch eine Vindication möglich ist. Jenachdem der Gegenstand der Klage eine bestimmte Geldsumme, eine andere bestimmte Sache, oder ein Unbestimmtes ist, ist die Condictio entweder condictio certi oder triticaria (beide auf ein dare), oder incerti (auf ein facere).[1]

---

ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis; si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.

2) L. 14. D. de reb. cred. (12, 1): Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur, sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.

1) (Der Verfasser scheidet den materiellen und processualischen Begriff der Condictio nicht scharf genug. Eine condictio incerti giebt es nur in der materiellen Bedeutung eines Rückforderungsrechts, dagegen setzt der abgekürzte

Der obligatorische Grund kann der Darlehenscontract sein, res creditae. Er kann aber auch darin bestehen, daß jene Vermehrung des Vermögens auf Kosten eines Anderen ohne rechtlichen Grund besteht, entweder durch anfänglichen Mangel eines solchen, oder auch durch nachheriges Wegfallen. — Die Uebersicht der einzelnen Fälle siehe im Lehrbuch: falscher Grund, rechtswidriger Grund, gar kein Grund.

Condictio causa data causa non secuta.

§. 308.

Die condictio causa data causa non secuta findet Statt wegen eines falschen künftigen Grundes, (der eigentliche Name derselben ist ob rem datorum, res soviel als causa futura).[1]

Es muß gegeben worden sein um einer causa futura willen, wegen einer falsa causa praeterita findet keine Rückforderung Statt [außer in dem Einen Falle der condictio indebiti]. (Vgl. §. 309). Die causa futura kann eine positive oder negative sein, das ist gleich. Ferner kann sie eine Leistung des Empfängers sein, z. B. bei der donatio sub modo, oder ein nur theilweise von seinem Willen abhängendes Ereigniß, z. B. es wird etwas zur Dos gegeben unter der Bedingung der Ehe, oder endlich ein von dem Willen des Empfängers ganz unabhängiges Ereigniß, so der frühere Tod des Gebers bei der mortis causa donatio, Ratihabition eines Dritten. Die häufigste Anwendung fand die condictio causa data causa non secuta im römischen Recht bei den Innominatcontracten, die der Geber das Recht hatte als Nicht-Contracte zu behandeln, mithin seine Gabe zurückzunehmen. Hier fällt sie nach heutigem Recht weg. Denn die Uebereinkunft einer

---

Proceß der Condictio allemal eine nach quid, quale, quantum bestimmte Leistung voraus, und wenn die Klage auf facere gleichwohl condictio (incerti) genannt wird, so ist durch den Zusatz incerti die processualische condictio eben sowohl verneint, wie bei der Ersitzung die scheinbare Causa pro possessore gerade die Abwesenheit eines Usucapionstitels bezeichnet. A. d. H.)

1) Der angeblich mündliche Zusatz bei Parbs a. a. O. S. 83.: „denn causa schlechthin heißt causa praeterita. Von jener ist hier die Rede, denn es ist etwas gegeben worden um einer causa futura willen" ist deshalb nicht unbedenklich, weil dem Verfasser gewiß nicht entgangen ist, daß der Sprachgebrauch der zweiten und dritten Stelle Note c des Lehrbuchs keine allgemeine Gültigkeit hat, wie denn z. B. in der Titelüberschrift: de condictione ob causam datorum (Cod. IV, 6) unter causa schlechthin eine causa futura gemeint ist. A. d. H.)

Leistung und Gegenleistung begründet eine gegenseitige Obligatio, wie schon nach römischem Recht Kauf und Miethe. Die Leistung von der einen Seite ist nicht Begründung einer Obligatio, sondern Erfüllung einer solchen, so gut als die Gegenleistung. [Wer also etwas giebt aus einem gegenseitigen Vertrage, der giebt es nicht um einer causa futura willen, sondern wegen einer causa praeterita, weil er schuldig ist zu geben.] Da die Leistung also überall nicht Begründung der Obligatio ist, so ist sie auch nicht Begründung der Obligatio auf Zurückgabe, einer Condictio.

Ein wesentliches Erforderniß der condictio causa data causa non secuta ist, daß die causa nicht eine unerlaubte, widerrechtliche oder unsittliche sei, weder für den Geber, noch für den Empfänger. In diesem Fall kommen die Grundsätze von der condictio ob turpem causam zur Anwendung.

Die causa muß nicht erfolgt sein. Ist sie erfolgt, so ist die Condictio immer ausgeschlossen, ist sie nicht erfolgt, so findet sie nicht immer Statt. Drei Fälle sind möglich:

1) Der Nichterfolg der causa liegt an dem Empfänger; hier tritt stets Condictio ein.

2) Der Nichterfolg hat nicht in dem Empfänger seinen Grund, sondern in einem ihm nicht zurechenbaren Umstand. Besteht die causa nicht in einer Leistung des Empfängers, so findet immer Condictio Statt. Ist sie eine Leistung des Empfängers, so fällt die Condictio weg bei der Schenkung, der animus donandi muß so interpretirt werden, daß dem Beschenkten dennoch die Sache verbleiben soll. In anderen Fällen ist sie zulässig.

3) Es ist noch nicht entschieden, ob die causa erfolgen wird oder nicht, z. B. die Zeit, innerhalb der sie erfolgen sollte, ist noch nicht verstrichen. Hier nimmt die Condictio den Charakter eines einseitigen, willkührlichen Widerrufs an. Sie ist daher davon abhängig, daß ein solcher Widerruf zulässig ist. Dieser Widerruf fand Statt nach römischem Recht bei den Innominatcontracten. Dies fällt nach heutigem Recht weg; doch giebt es auch noch heutzutage Fälle, wo ein Widerruf stattfindet, z. B. wenn einem Mandatar etwas gegeben ist zum Behuf der Kosten eines Auftrags. Dieser kann widerrufen, ebenso auch das Gegebene zurückgefordert werden; ferner bei der donatio mortis causa.

Die Condictio geht auf Rückgabe des Gegebenen mit allem Zuwachs. Diesen Gegenstand hat sie unbeschränkt, wenn der

Empfänger den Nichterfolg der Causa verschuldet hat. In allen anderen Fällen ist er beschränkt auf das, um was das Vermögen des Empfängers noch zur Zeit der Anstellung vermehrt ist.

Condictio indebiti.

§. 309.

Wenn jemand um eines in der Vergangenheit liegenden Grundes willen etwas gegeben hat, der falsch ist, so hat er dies entweder 1) als Liberalität gethan, also ohne sich verpflichtet zu halten. Hier findet keine Zurückforderung Statt, weil ein Irrthum in den Motiven keinen Einfluß hat; oder 2) in der irrigen Meinung rechtlich verpflichtet zu sein, indem er eine vermeintliche Schuld damit bezahlen wollte, indebiti per errorem solutio. Dies ist der einzige Fall, wo propter falsam causam praeteritam Rückforderung stattfindet.

Die Erfordernisse der condictio indebiti sind:

1) Indebitum solutum. Verschiedene Fälle können hier unterschieden werden.

Der erste Fall ist, wenn überall keine Obligatio existirte, weil sie entweder nie vorhanden war oder aufgehoben ist, ipso iure oder ope exceptionis. Beim naturale debitum fällt die Condictio weg, aber noch außerdem in einigen Fällen, wo die Rückforderung wenigstens contra bonos mores wäre. Die Frage, ob ein indebitum vorhanden ist oder nicht, entscheidet sich nach der Zeit der Zahlung. Wenn jemand daher eine Strafe gegeben hat und nachher die Umstände sich ändern, so daß sie jetzt nicht mehr stattfände, so hat er keine Condictio, z. B. es fordert ein bedingt Berechtigter die Exhibition von dem Besitzer, dieser verweigert sie und wird in das Interesse condemnirt; wenn nachher die Bedingung deficirt, findet dennoch keine condictio indebiti Statt. Umgekehrt kann das pendente conditione Gezahlte condicirt werden, weil es pendente conditione noch nicht geschuldet, wird, (nur nicht nachdem die Bedingung eingetreten ist); anders bei einer obligatio in diem, denn hier existirt die Obligatio auch vor dem dies. Ueber usurae indebitae siehe Note c des Lehrbuchs a. E. die drei möglichen Fälle. Auszuscheiden ist der Fall ungesetzlicher Zinsen; hier tritt die condictio ob iniustam causam ein, welche in ihrem Gegenstand nicht so beschränkt ist, als die condictio indebiti. Sind [nicht

geschuldete] erlaubte Zinsen von einem existirenden Capital gezahlt, so fällt die Condictio ganz weg. Es wird als billig betrachtet, daß der Schuldner für die Benutzung des Capitals ein Aequivalent gebe, diese Billigkeit steht [wenn sie auch nicht zu einer rechtlichen Verpflichtung für ihn wird] wenigstens der Rückforderung entgegen. Es ist also nur der Fall eines nichtexistirenden Capitals für die condictio indebiti geeignet.

Der zweite Fall einer Nichtschuld ist: es existirt eine Obligatio, aber nicht auf den geleisteten Gegenstand. Dahin gehört namentlich auch, wenn ein Genus oder Alternativum geschuldet wird, und der Schuldner leistet irrthümlich einen Gegenstand in der Meinung, gerade dieses Individuum schuldig zu sein. Sind beide bezahlt worden, so kann nur Einer zurückgefordert werden, und wenn einer untergegangen ist, keiner. Bei Vermächtnissen auf ein Genus oder Alternativum kann das Gezahlte nicht zurückgefordert werden, es mag der Vermächtnißnehmer oder der Erbe die Wahl haben, weil doch der Wille des Erblassers erfüllt worden ist.

Der dritte Fall ist: es findet zwar eine Obligatio statt, aber keine zwischen dem Empfänger und dem Zahlenden; auch hier tritt die Condictio ein. Eine besondere Gestalt nimmt dieser Fall an, wenn jemand dem Gläubiger zahlt, dessen Schuldner er glaubt zu sein. Hier hat der Zahlende keine Condictio gegen den Empfänger, denn dieser hat ein debitum empfangen, und in Beziehung auf ihn war der Geber nicht im Irrthum. Wohl aber hat der Zahlende die condictio indebiti gegen den Schuldner, der es in der That empfangen hat in der Person des Gläubigers.

2) Error. Nach allgemeinen Grundsätzen muß der Irrthum ein factischer sein, ein Rechtsirrthum reicht zur Begründung nicht hin. Dieser Grundsatz wird auch durch unzweideutige Entscheidungen des geschriebenen Rechts bestätigt,[1] demnach sollte eigentlich die Bestreitung unmöglich sein. Dessenungeachtet giebt es Juristen, welche den error iuris allgemein zur Begründung der condictio indebiti zulassen wollen, besonders hat Mühlenbruch diese Meinung fortwährend vertheidigt. Fragen wir,

1) L. 10. C. de iur. et fact. ign. (1, 18): Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.

worauf sie sich gründet, so sind es einige Stellen, wo allerdings eine Abweichung anzunehmen ist; aber es giebt ja Fälle, wo der Rechtsirrthum dem factischen gleichsteht [und eben so entschuldbar ist. Von solchen Fällen sind die wenigen Stellen zu verstehen, in denen die Condictio auch beim error iuris gegeben wird]. Die vornehmste dieser Stellen[2] erklärt sich noch auf andere Weise. Der Testator hatte dem Legatar verboten, die cautio legatorum servandorum causa zu fordern. Nun giebt es Cautionen, welche der Testator nicht erlassen kann; der Erbe glaubte, dies gelte auch von jener Caution und leistete sie, war also in einem Rechtsirrthume. Dessenungeachtet hat er die Condictio, ja auch ohne diese sind die Bürgen durch Exceptio gegen die Klage aus der Caution geschützt. Daraus sieht man zugleich, daß die Entscheidung auf einem Grund beruht, welcher nicht auf die Condictio besonders sich bezieht. Dieser Grund ist, daß der Legatar gegen das Verbot des Testators handelt, wenn er die Caution annimmt und geltend macht. — Für einen entschuldbaren Rechtsirrthum könnte man halten einen gemeinen, z. B. eine frühere Theorie wird später verdrängt. Aber hier hat der Zahlende keine Condictio, weil er damals ja von den Gerichten verurtheilt worden wäre, wenn er nicht gezahlt hätte. So wenig man ein rechtskräftiges Urtheil anfechten kann, weil später eine irrige Ansicht sich durch authentische Interpretation oder sonst neues Recht verändert, so wenig kann auch eine Zahlung angefochten werden.

In einem Fall kann die Condictio auch ohne error angestellt werden, wenn nämlich der Zahlende keine Veräußerungsbefugniß hat, so wenn ein Mündel gezahlt hat ohne Consens des Vormunds. [Ist die Sache noch vorhanden, so findet die Vindicatio, ist sie schon consumirt die Condictio statt.] Wissentliche Zahlung eines Indebitums ist Schenkung, darum fällt die Con-

2) L. 1. pr. D. ut in poss. leg. (36, 4): Si quis cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. Quid deinde si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse. Quid deinde si commissa sit stipulatio? fideiussores putamus exceptione uti posse an non? et magis est ut utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non debuit.

dictio weg, aber die Schenkung ist dem Bevormundeten unmöglich.

Umgekehrt giebt es einen Fall, wo beim indebitum und error keine condictio indebiti Statt findet, wenn die Condemnation dem angeblichen Schuldner einen besonderen Nachtheil bringen würde, er also in der Zahlung den etwaigen Verlust der Gefahr der Strafe vorzieht. Wenn der vermeintliche Schuldner z. B. in das Duplum condemnirt werden würde und er zahlt, um dieser Gefahr zu entgehen, so kann er das Gezahlte nicht zurückfordern, weil die Zahlung als eine Art Vergleich zu betrachten, dies ist, wo error und indebitum nicht in Betracht kommen.[3] Hier ist eine Rückforderung nur möglich, wenn eine andere Condictio begründet ist. Dies ist der Fall, wenn der Empfänger in mala fide war; hier findet stets die condictio furtiva Statt.

Beweis.

Der error braucht nicht bewiesen zu werden. Das indebitum muß der Kläger entschieden beweisen, wenn er es auch ohne Zahlung als Beklagter beweisen müßte. So wenn er die frühere Existenz der Obligatio anerkennt, aber ihre Aufhebung behauptet. Ebenso entschieden ist der Kläger befreit von dem Beweis, wenn der Beklagte den Empfang geleugnet hat; hier liegt ihm nur der Beweis der Zahlung ob. Von den anderen Fällen ist noch hervorzuheben, wenn der Kläger das indebitum nur theilweise, also zu viel bezahlt zu haben, behauptet; hier trifft ihn der Beweis. Sonst aber muß er allerdings auch beweisen, weil in der Zahlung eine Anerkennung liegt, welche eine Vermuthung für die Existenz begründet. Diese Vermuthung fällt aber weg, 1) wenn die Zahlung keine solche Anerkennung enthält, so wenn sie nicht von dem angeblichen Schuldner selbst geschehen ist, z. B. aus

---

3) (Diese Erklärung genügt nicht, weil der Zahlende eben an den Rechtsbestand seiner Verpflichtung glaubt, und deshalb gar nicht in der Lage ist, zu transigiren. Vgl. L. 36. in fine D. fam. herc. (10,2): non enim transactum inter eos intelligitur cum ille coheredem esse putaverit. Man sollte sich lieber nicht scheuen einzugestehen, daß die Bestimmung schon im Justinianischen Recht als eine völlig princip- und zusammenhangslose erscheint, nachdem ihr ursprünglicher Grund, die Unstatthaftigkeit einer Anfechtung eines rechtskräftigen Schuldurtheils im Wege einer condictio indebiti des Geleisteten, beseitigt worden ist. A. d. H.)

einem gerichtlichen Depositorium; 2) wenn der Kläger eine Person ist, bei welcher ihrer Unerfahrenheit und Unkenntniß wegen auf jene Anerkennung kein Gewicht gelegt werden kann, so bei Minderjährigen, Frauen, Landleuten, Soldaten. In diesen Fällen [gilt nicht die Regel: Nemo pecuniam suam iactare creditur], also muß der Beklagte das debitum beweisen, wie wenn die Zahlung noch nicht geschehen wäre.

Beklagter ist der Empfänger, nicht der, an den das indebite Gezahlte später gekommen ist. Der obligatorische Grund der condictio indebiti ist der Empfang, daher ein Bevormundeter ohne den Vormund nicht der condictio indebiti haftet, [(weil er sich sonst durch eine Handlung verpflichtet haben würde, was er ohne den Vormund nicht kann)], sondern nur einer actio in factum in quantum locupletior factus est. Aber auch der Mandant ist Empfänger in dem Procurator, jedoch ein specielles Mandat, diese Schuld einzutreiben, oder Ratihabition vorausgesetzt, denn in einem generellen Mandat, die Schulden einzukassiren, liegen nur die Schulden, nicht die indebita. Gegen den Procurator kann, wenn die Ratihabition nicht erfolgt, nicht die condictio indebiti angestellt werden, sondern nur entweder die condictio causa data causa non secuta wegen der nicht erfolgten Ratihabition, oder, wenn er in dolo war, die condictio furtiva.

Die Verbindlichkeit des Beklagten gründet sich auf den Empfang, aber es muß doch noch hinzukommen, daß er etwas hat von der Zahlung zur Zeit der Forderung. Dadurch bestimmt sich der Gegenstand der condictio indebiti; condictio naturalis est, sie geht auf das factisch Vorhandene. Es liegt darin 1) eine Beschränkung, nur soviel als der Beklagte noch davon hat, in specie oder dem Werth nach, kann von ihm verlangt werden, z. B. bei einer Wohnung, um wie viel er gemiethet hätte. Diese Beschränkung setzt bona fides voraus, der wissentliche Empfänger, oder der auch nur nachher in malam fidem gekommen, haftet der condictio furtiva, welche nicht so beschränkt ist; 2) eine Erweiterung, die condictio indebiti geht auf Alles, was der Beklagte durch den Empfang lucrirt hat, nicht bloß auf Früchte und Accessionen, sondern auch auf den Gewinn durch Umsatz der Sache, also auf die ganze Vermehrung seines Vermögens durch die Zahlung.

Condictio ob turpem causam.

§. 310.

Wenn etwas um eines künftigen Erfolgs willen gegeben ist, so kann die unerlaubte Beschaffenheit dieses Grundes selbst eine Zurückforderung begründen, also unabhängig davon, ob der Erfolg eingetreten ist oder nicht. Die Unsittlichkeit muß aber lediglich auf Seiten des Empfängers liegen. So, wenn er dadurch zur Unterlassung einer unerlaubten Handlung bewogen werden soll, z. B. ut rem depositam reddas etc. Immer aber muß es eine causa futura sein.

Die Condictio fällt weg, wenn die Unsittlichkeit auf beiden Seiten liegt. So wenn zur Begehung einer unerlaubten Handlung etwas gegeben wird, z. B. um den Richter zu bestechen, ja auch ut secundum me in bona causa iudicet, also zur Unterlassung einer unerlaubten Handlung, weil eine Unterstützung des Richters in seiner Pflichtwidrigkeit darin liegt. Anders wenn etwas gegeben ist evitandi tyrocinii causa[1] dem Vorgesetzten, um ihn sich geneigt zu machen und gewissen Lasten des Geschäftsanfängers zu entgehen. Dies kann zurückgefordert werden, denn hier ist das Unsittliche nicht das Geben, sondern lediglich das Empfangen. Um so mehr muß die Condictio wegfallen, wenn die Unsittlichkeit bloß auf der Seite des Gebers liegt, so bei der Gabe an eine Hure. Illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix.[2] Es hat nichts Herabwürdigendes für sie, die Gabe zu erhalten, denn sie kann nicht weiter herabgewürdigt werden, aber für den Geber, welcher sich ihr gleichstellt.

Condictio ob iniustam causam.

§. 311.

Die unerlaubte Handlung kann als eine vergangene der Grund sein, aus welchem etwas aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen gekommen ist. Sie ist als iniusta causa praeterita Grund einer Condictio. Hier aber begründet nicht jede unsittliche Handlung, sondern nur eine rechtswidrige die Condictio: Condictio ob iniustam causam. Jedes Delict,

1) Vgl. Note b des Lehrbuchs.

2) (Vgl. L. 4. §. 3. D. de cond. ob turpem vel iniust. causam (12. 5). A. d. H.)

welches jene Folge hat, begründet die condictio ob iniustam causam, z. B. Betrug, Zwang ꝛc.

Ein Fall ist besonders ausgezeichnet, der Diebstahl, und die Condictio hat den besonderen Namen: condictio furtiva. Diese unterscheidet sich von allen Condictionen dadurch, daß sie jene Vermögensveränderung nicht voraussetzt. Auch wo die Sache noch vindicirt werden könnte, findet sie statt, der Bestohlene hat die Wahl zwischen ihr und der Vindication. Kläger ist der Eigenthümer, (nicht jeder, welcher die actio furti hat), der es war zur Zeit des Diebstahls und seine Erben, nicht ein Singularsuccessor. Der nachherige Verlust des Eigenthums hebt die Condictio nicht auf, es wird ja dadurch nur die regelmäßige Voraussetzung der Condictio hergestellt, wohl aber das Aufgeben des Eigenthums, also Verlust durch eine Handlung des Eigenthümers [z. B. Veräußerung]. Da wo der bloße Besitz gestohlen worden ist, so wenn der Eigenthümer die verpfändete Sache dem Faustpfandgläubiger stiehlt, hat der Bestohlene die Condictio [nicht auf den Werth der Sache selbst, sondern nur] auf sein Interesse. Beklagter ist der, an den die Sache durch sein Furtum gelangt ist, und sein Erbe; nicht [jeder, der mit der actio furti belangt werden kann, z. B.] der Gehülfe, und nicht der dritte Besitzer. Der Dieb haftet aber nicht bloß so lange er die Sache noch hat, oder bereichert ist.

Der römische Begriff des Furtum ist im heutigen Recht modificirt, namentlich ist der Diebstahl des heutigen Criminalrechts ein engerer Begriff. Aber für die condictio furtiva ist noch der römische Begriff praktisch (siehe denselben in §. 375 des Lehrbuchs), z. B. bei wissentlichem Empfang der Zahlung einer Nichtschuld.

Condictio sine causa.

§. 312.

Siehe das Lehrbuch. [Zu vergleichen ist noch der Fall in §. 322 Note w des Lehrbuchs und §. 257.]

Aestimatorischer Contract.

§. 313.

Es wird eine Sache mit Werthanschlag gegeben, damit sie der Empfänger verkaufe. Die Beurtheilung dieses Geschäfts war

unter den römischen Juristen streitig; es entstand nämlich die Frage, ob es zu behandeln sei als Verkauf an den Empfänger um die Aestimation, oder als eine locatio conductio operis oder operarum, wenn ein Lohn, oder als Mandat, wenn kein Lohn verabredet ist. Man kam endlich überein, unter allen Umständen eine actio praescriptis verbis zu geben, de aestimato oder aestimatoria, welche überdies eine bonae fidei actio sein sollte. Der Richter soll nicht im Voraus zu einer bestimmten Analogie eines anderen Contracts angewiesen werden, sondern er soll untersuchen, welchen besonderen Inhalt das Geschäft in diesem concreten Fall hat und darnach die Analogie aufsuchen.

Die Hauptfrage ist die: geht das Eigenthum und somit auch das Periculum auf den Empfänger über? Diese Frage ist auch bei unseren Juristen sehr bestritten, besonders weil man in den Irrthum verfiel, die Frage überhaupt entscheiden zu wollen, während sie eben nicht für alle Fälle gleichmäßig entschieden werden soll; [sie ist eben eine actio praescriptis verbis. Doch ist diese Frage auch nicht der bloßen Willkühr des Richters überlassen]. Wir müssen zwei Fälle unterscheiden:

1) Der eigentliche Trödelvertrag, ästimatorische Contract, wird geschlossen durch Uebergabe der Sache mit Aestimation unter der Uebereinkunft, daß der Empfänger entweder die Sache zurückgebe oder den verabredeten Preis bezahle. Der Lohn kann besonders verabredet sein oder in dem geringeren Anschlag der Aestimation liegen. Der Empfänger trägt das Periculum, und da die Aestimation venditionis gratia geschehen ist, so wird er Eigenthümer [schon durch die Uebergabe], nur mit einer Resolutivbedingung, [so daß er nach der Rücklieferung betrachtet wird, als sei er gar nicht Eigenthümer gewesen]. Man hat dies bestritten, aber nur deswegen, weil man verschiedene Geschäfte nicht genügend unterschieden hat. [Diesen eigentlichen aestimatorischen Vertrag müssen wir in dubio annehmen, wenn der Anstoß zu dem ganzen Geschäft vom Trödler ausgegangen ist.]

2) Das Geschäft kann mehr den Charakter eines Auftrags oder einer Dienstmiethe haben. Hier geht das Periculum auf den Empfänger nicht über, also auch nicht das Eigenthum; der Trödler prästirt nur culpam omnem. Dies ist anzunehmen, wenn der Anstoß zu dem Geschäft vom Eigenthümer ausgegangen

ist, oder wenn beide übereingekommen sind, ohne daß sich entscheiden läßt, von wem die erste Proposition herrührte.

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum.

§. 314.

Der Prätor hat die Personen, welche Reisende mit ihren Sachen aufnehmen, verpflichtet, den Reisenden dafür einzustehen, um diese gegen die Machinationen jener möglichst sicher zu stellen.

Nautae sind solche, welche das Schiffgewerb treiben, die exercitores navis, nicht die Schiffsleute. Auf Schiffer, welche blos den Transport von Sachen übernehmen, ist das Edict unanwendbar. Bestritten ist es, ob das Edict auch auf das Landfuhrwerk Anwendung finde. Auf keine Weise findet es Statt bei dem Transport von Sachen allein. Außerdem ist es zuläßig; es wird aber doch auf die Praxis des Landes ankommen, denn eine innere Nothwendigkeit der Ausdehnung liegt nicht vor, ja in der That sind die Fälle nicht ganz gleich, [da der Reisende zur See bei weitem mehr der Willkühr des Schiffer's anheimgestellt ist, und daher dieser für jeden Schaden und Verlust bei weitem mehr verantwortlich sein muß].

Caupones und stabularii sind Wirthe, welche Reisende zur Wohnung aufnehmen, jene auch zur Kost, diese bloß zur Wohnung, vorausgesetzt, daß jene Personen dies als Gewerb treiben, nicht ein bloßes repentinum hospitium (außerordentliche Beherbergung) stattgefunden hat; ferner haften bloße Kostwirthe nicht.

Die Verbindlichkeit wird begründet durch die Aufnahme der Reisenden mit ihren Sachen, ausdrückliche Uebernahme der Sachen ist nicht erforderlich, auch nicht specielle Kenntniß derselben. Der Kläger hat nur den Beweis zu führen, daß er die Sachen wirklich inferirt hat und daß sie den angegebenen Werth haben. [Thut er dies, so kann er diesen Werth der Sachen vom Wirth oder Schiffer schlechterdings ersetzt verlangen.] Gegenstand der Klage ist die Restitution.

Ein Schiffer oder Gastwirth kann von dieser Verbindlichkeit befreit werden durch einen Vertrag, eine einseitige Protestation des Gastwirths reicht dazu nicht hin, doch ist, wenn diese vor der Aufnahme geschah und dieselbe dennoch erfolgte, ein stillschweigender Vertrag anzunehmen. Ein Anschlag in den Gastzimmern

daß der Wirth für nichts hafte, ist daher unnütz, denn einen solchen Anschlag bekommt der Reisende gewöhnlich erst nach der Aufnahme zu Gesicht. Die actio in factum de recepto ist eine Geschäftsklage und geht als solche unbeschränkt gegen die Erben, unterschieden von der Delictsklage gegen diese Personen. (§. 392 des Lehrbuchs).

Dienstleistung.

§. 315.

Siehe das Lehrbuch.

Alimentationspflicht.

§. 316.

Alimente begreifen, was zur leiblichen Erhaltung unumgänglich nöthig ist, „Leibes Nahrung und Nothdurft", also Nahrung, Kleidung, Wohnung. Das Maaß bestimmt sich verschieden nach den Gründen der Verpflichtungen. Erziehung gehört nicht zu den Alimenten. Es kommt aber vor, daß die zur Alimentation verpflichteten Personen (namentlich gesetzlich) auch zur Erziehung verpflichtet sind. Dies hat zu der Eintheilung in alimenta naturalia und civilia Veranlassung gegeben, unter welchen letzteren man insonderheit die Erziehungskosten verstanden hat. Aber Beides ist zu trennen. Die Erziehungskosten werden durchaus in unserem Recht den Alimenten gegenübergestellt.

Die Verpflichtung zur Alimentation erfolgt:

1) Durch Geschäft, Vertrag, Testament. Siehe über das Besondere des Alimentenvermächtnisses §. 531 des Lehrbuchs. Die Bestimmung des Gegenstandes als Alimente beschränkt die Forderung auf das Individuum. Das Maaß der Alimente hängt von der gemachten Bestimmung ab; ist keine nähere Bestimmung getroffen, so bestimmt der Richter die Höhe nach billigem Ermessen, [wobei es natürlich vor Allem auf die Individualität ankommt], im Zweifel aber hat er nicht über die Nothdurft hinaus zu gehen, [denn in dubio minimum debetur].

2) Delict, wodurch jemand einem Menschen seine eigene Erhaltung unmöglich gemacht oder geschmälert hat. Die Größe der Alimente bestimmt sich hier nach den Grundsätzen vom Schadens-

ersatz; das ist zu prästiren, was dem Beschädigten durch das Delict entgangen ist.

3) Verwandtschaft. Vermöge dieser sind die Eltern und Kinder reciprok einander zu alimentiren verpflichtet. Bei ehelichen Kindern hat vor Allem der Vater die Pflicht, das Kind zu alimentiren, so lange das Kind in der Lage des Alimentationsbedürfnisses ist, (ohne Rücksicht auf das eigene Vermögen des Kindes). Sodann aber, wenn der Vater nicht mehr lebt, oder nicht fähig ist, ist der väterliche Ascendent zur Alimentation verpflichtet, in subsidium die Mutter und mütterlichen Ascendenten. Bei unehelichen Kindern ist die Mutter verpflichtet und die mütterlichen Ascendenten. Bei Concubinenkindern ist auch eine Pflicht des Vaters zur Alimentation anerkannt, welche nach seinem Tod auf seine Erben übergeht. Dieser Satz ist heutzutage anwendbar auf den Fall der freiwilligen Anerkennung unehelicher Kinder durch den Vater. Ex damnato coitu procreati sollen als elternlos behandelt werden, was die Praxis auf Grund des canonischen Rechts (Note d des Lehrbuchs) dahin modificirt hat, daß die Mutter zum nothdürftigen Unterhalt verpflichtet ist. — Die Ausdehnung der Alimentationsverbindlichkeit auf Geschwister ist ohne Grund (vergleiche Note h des Lehrbuchs). Man hat sie dadurch unterstützen wollen, daß das älteste römische Recht ursprünglich alle Verwandte verpflichtet habe, und diese Pflicht sei nur nach und nach verschwunden. Aber diese Behauptung ist selbst eine ganz unbegründete Hypothese.

Die Größe der Alimente aus der Verwandtschaft bestimmt sich nach dem Stand des Berechtigten und dem Vermögen des Verpflichteten. Die Verbindlichkeit ist hier, wie das Recht, an das Individuum geknüpft, sie geht also nicht über auf Erben als solche, (eine Ausnahme ist es, daß der Erbe des Sohnes den von dem Sohn alimentirten dürftigen Vater auch ferner alimentiren soll). Die Verbindlichkeit hört auf mit dem Aufhören des Bedürfnisses, (aber der Alimentirende hat nicht etwa Anspruch auf Ersatz). Ferner können die Alimente entzogen werden wegen liebloser Begegnung.

Die Praxis anerkennt eine Verbindlichkeit des unehelichen Vaters zur Alimentation, oder Beiträgen dazu, auch außer dem Fall einer freiwilligen Anerkennung. Sie hat auch einen Beweis der unehelichen Vaterschaft zu diesem Zweck eingeführt, dieser soll geführt sein, wenn der Beischlaf innerhalb der Zeit nachgewiesen

werden kann, in welcher die Erzeugung möglich war. Gewöhnlich wird hier die Zeit angenommen, auf die sich die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft beschränkt.

Man streitet nun aber über das Princip, welches dieser Verbindlichkeit zu Grund liegt, und wodurch die Pflicht, welche an sich nicht erst juristisch zu deduciren, sondern als etwas positiv gegebenes, nicht auf rein juristischen Gründen beruhendes anzusehen ist, ihrem Umfang und Charakter nach bestimmt wird. Als dieses Princip ist von mehreren Juristen die natürliche Verwandtschaft betrachtet, und so die Pflicht des unehelichen Vaters der des ehelichen an die Seite gestellt worden. Von diesem Gesichtspunkte aus wird aber die Beschränkung auf die Alimentationspflicht zu einer reinen Willkühr, man anerkennt eine Verwandtschaft, aber nur mit einer Wirkung, oder wenn man diese Inconsequenz vermeiden wollte, würde man weit über das wahre Bedürfniß hinausgehen, und am Ende der Ehe eines ihrer wichtigsten Vorrechte vor der außerehelichen Geschlechtsverbindung entziehen. Darum hat die ältere und neueste Praxis die bestehende Alimentationspflicht des unehelichen Vaters unter einen anderen Gesichtspunkt gebracht. Sie betrachtet nur die Pflicht der Mutter, quae semper certa est, als eine aus der Verwandtschaft abzuleitende; neben sie und vor die der Commune, welcher zuletzt die Last zufallen würde, stellt sie die Pflicht dessen, der mit der Mutter den Beischlaf vollzogen hat. Die unerlaubte Handlung ist also der Grund der Obligatio, für deren mögliche Folgen der Thäter einstehen muß. Daraus ergiebt sich denn auch die Entscheidung folgender controversen Punkte:

1) Die exceptio plurium constupratorum befreit nicht von dieser Folge des Delicts, vielmehr tritt solidarische Haftung ein. Die andere Ansicht könnte consequent nichts anderes thun, als alle befreien, da natürlich nur Einer Vater sein kann.

2) Die Ascendenten des Vaters haften nicht, wohl aber die Erben.

3) Der uneheliche Vater hat nicht das Recht, die Kinder selbst zu erziehen.[1]

1) (Die wohlfeilen Einwendungen: daß ein Delict weder gegen die Mutter, noch das Kind, noch die Commune oder den Staat angenommen werden könne u. dgl. treffen die Ansicht des Verfassers nicht. Die Kinder des Erschlagenen

Dotationspflicht.

§. 317.

Ein der Alimentation ähnlicher Gegenstand ist die Dotation einer Frau, Ausstattung derselben für die Ehe durch Güter, welche in das Vermögen des Mannes kommen als Beitrag zu den Lasten der Ehe. Die Größe der Ausstattung ist entweder bestimmt (durch Geschäft oder Gesetz), oder sie ist durch richterliches Ermessen zu bestimmen. Der Richter hat dabei zu sehen auf den Stand der Frau und bei der verwandtschaftlichen Verbindlichkeit auf das Vermögen des Verpflichteten. Verpflichtung zur Bestellung der Dos ist wohl zu unterscheiden von der Bestellung selbst; auch diese letztere kann durch eine bloße Verpflichtung geschehen, siehe unten. Der Unterschied liegt darin, wenn der Mann der Gläubiger ist, ist die Dos schon bestellt, ist es die Frau, so ist erst eine Verpflichtung zur Bestellung vorhanden. Von diesem Fall ist hier zu handeln.

Zur Dotation kann jemand verpflichtet sein durch einen Vertrag mit der Frau (oder ihrem Vater), ferner durch ein Vermächtniß an die Frau, mit welchem er onerirt ist, (an den Mann ist es die Bestellung selbst). In diesen Fällen heißt die Dos voluntaria.

Es giebt aber auch Verbindlichkeiten zur Dotation, welche auf rechtlicher Vorschrift beruhen — dos necessaria. — Solche sind:

1) Delict. Der Verführer einer Frauensperson ist nach canonischem Recht und nach der Praxis verpflichtet zur Dotation (oder zur Ehe). Erforderniß ist, daß die Geschwächte keine Hure sei, und daß sie eine solche „Abfindung" nicht schon von einem Anderen erhalten hat oder erhalten konnte.

2) Verwandtschaft. Hier sind verpflichtet der Vater und die väterlichen Ascendenten, in subsidium die Mutter, wenn sie

---

haben einen Entschädigungsanspruch aus der Tödtung, obgleich das delictum publicum nicht gegen sie, sondern gegen das gemeine Wesen begangen ist, umgekehrt haftet der Bewohner eines Hauses aus dem geschüttet oder geworfen ist, quasi ex delicto, ohne selbst der Thäter zu sein. Eben so wenig steht ihr entgegen, daß der Stuprator dann auch aus einem erst nach der möglichen Conceptionszeit erfolgten Beischlaf haften müsse. Es würde dann allerdings diese, aber auch nur diese Folge des Delicts wegfallen müssen. Das Einzelne ist aber freilich sehr streitig: Vgl. v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 1. (1843) S. 429—446. A. d. H.)

das Vermögen dazu hat, und die Tochter nicht selbst Vermögen besitzt. Diese verwandtschaftliche Verbindlichkeit wird erst wirksam, wenn die Ehe geschlossen werden soll, (nicht so die des Verführers). Hat der Verpflichtete für die Ehe eine Dos gegeben, so ist er seiner Verbindlichkeit für diese Ehe entledigt, und er braucht nicht zum zweiten Mal zu dotiren, wenn die Dos während der Ehe untergegangen ist. [Man nennt dies Redotation, welche dem Verpflichteten eben nicht obliegt.] Etwas Anderes ist die Ausstattung für eine zweite Ehe, [zu welcher der Verpflichtete allerdings gehalten ist, dies ist aber auch keine Redotation].

Bei dieser Lehre sind folgende Irrthümer vorgekommen: a) haben manche eine Verpflichtung der Geschwister zur Dotation behauptet, was ganz unbegründet ist; b) eine Verpflichtung der Frau selbst. Eine solche Verbindlichkeit der Frau ist unmöglich, weil die Frau nur dem Mann verpflichtet sein könnte, aber dann wäre die Dos schon bestellt. Es besteht nur eine moralische Pflicht der Frau, [daß sie, wenn sie Vermögen hat, zur Bestreitung der Lasten der Ehe etwas hergebe], welche die condictio indebiti zu einer unwürdigen Handlung machen würde, weiter nichts, [diese moralische Pflicht schließt die condictio indebiti aus, wenn sie es gethan hat].[1] Auch wenn die Frau unter diesem Modus etwas erhalten hätte, hat der Mann deshalb kein Recht gegen sie. Ein solcher Fall liegt auch der L. un. Cod. de raptu virginum[2] zu Grunde. Die Geldstrafe des raptor virginum fällt der Geraubten zu, mit der Anweisung, sie als Dos anzuwenden, wenn sie heirathet. [Darum kann man aber noch nicht sagen, daß der Mann nun einen Anspruch auf diese als Dos hätte.][3]

Beerdigungspflicht.

§. 318.

Siehe das Lehrbuch.

---

1) (Gegen diese Auffassung vgl. §. 237 Anm. 1. A. d. H.)

2) L. un. §. 1. C. de raptu virginum (9, 13): — Et si non nuptae mulieres alii cuilibet praeter raptorem legitime coniungentur, in dotem mulierum liberarum easdem res, vel quantas ex his voluerint, procedere.

3) (Entscheidend gegen den Dotationsanspruch des Mannes ist L. 1. C. de dotis prom. (5, 11), wonach der Mann nicht einmal aus einem unbestimmten Versprechen einer Dos, viel weniger also ohne alles Versprechen eine Klage gegen die Frau hat. A. d. H.)

Einseitige Obligationen mit actiones contrariae.

Commodat.

§. 319.

Bei dem Commodat ist wesentlich, daß nicht Eigenthum oder juristischer Besitz übertragen wird, sondern nur die Detention oder die natürliche Ausübung des Rechts, die Verbindlichkeit des Commodatars geht auf specifische Rückgabe nach gemachtem Gebrauch. Unter dieser Voraussetzung ist keine Sache ausgeschlossen, daher kann auch Geld Gegenstand des Commodats sein, sowie es sich um einen Gebrauch handelt, der die Restitution derselben Species nicht ausschließt. Sodann muß die Ueberlassung eine unentgeltliche sein, aber mit Berechtigung des Commodatars, es findet daher keine willkührliche Zurücknahme Statt. Ein vorschriftswidriger Gebrauch (also eine unerlaubte Handlung) begründet die sofortige Zurückforderung.

Der Commodatar prästirt regelmäßig omnem culpam. Wenn aber das Commodat lediglich um des Commodanten willen geschlossen ist, so wird nach allgemeinen Grundsätzen nur culpa lata prästirt, und wenn in einem gemeinschaftlichen Interesse, nur diligentia in suis rebus. Der Commodatar kann durch Vertrag auch den Casus übernehmen. Ist ihm in dieser Rücksicht die Sache ästimirt gegeben, so ist das Geschäft unter der Bedingung des Untergangs 2c. ein Kauf. — Die ordentlichen Verwendungen auf die Sache fallen dem Commodatar zur Last, z. B. die Nahrung des Thiers, nicht so die außerordentlichen, z. B. Krankheit des Thiers.

Pfandcontract.

§. 320.

Zu Note c des Lehrbuchs:

Dem Gläubiger kann das Recht der Benutzung der Sache statt der Zinsen eingeräumt sein, dieses Geschäft heißt pactum antichreticum, Antichrese. Ein solcher antichretischer Pfandgläubiger prästirt, was onus fructuum ist, also auch die Grundabgaben. Die Antichrese ist nicht eingeschränkt auf das gesetzliche Zinsmaaß.

Außerdem hat der Gläubiger kein Recht auf die Benutzung, daher geht die actio pigneraticia mit der Sache auch auf die Früchte, percepti und percipiendi, mit anderen Accessionen. Doch kann der Gläubiger sie auf die Schuld abrechnen, sich also davon allmählig bezahlt machen, für Capital und Zinsen. In diesem Fall braucht er am Ende nur den Ueberschuß herauszugeben.

Aber es gilt hier noch ein besonderes Recht: wenn Zinsen für die Schuld nicht stipulirt sind, so kann der Gläubiger von den Früchten zurückbehalten, soviel als das gesetzliche Zinsmaaß beträgt, es treten also stillschweigende Zinsen ein. Diesen Rechtssatz hat man antichresis tacita genannt, der Name ist nicht passend, der Satz selbst ist darum nicht zu bezweifeln.

Zu Note e des Lehrbuchs:

Verjährung der actio pigneraticia directa: Einige Juristen haben behauptet, diese Klage sei unverjährbar und sich dabei auf das deutsche Sprüchwort berufen: Versatz verjährt nicht. Aber die dafür aus dem römischen Recht angeführten Stellen schließen nur die longi temporis praescriptio aus, sie sprechen also von einer Ersitzung, welche für den Gläubiger allerdings unmöglich ist, weil er nicht pro suo, sondern pro alieno besitzt. Die herrschende Ansicht ist die richtige. Aber es ist eine Controverse über den Anfang der Verjährung entstanden. Die Verjährung der actio pigneraticia directa beginnt erst mit der actio nata; nata ist die Klage aber erst, wenn die Schuld getilgt, oder der Gläubiger in mora accipiendi ist. Manche haben geglaubt, die Verjährung beginne schon mit der Schließung des Pfandcontracts. Diese Meinung bezieht sich auf die falsche Theorie, daß die Verjährung anfange, wenn die Entstehung der Klage in der Macht des Berechtigten liege, siehe oben die Lehre von der Klagverjährung.

Die contraria actio, welche der Pfandgläubiger hat, geht auf Erstattung des Schadens, welcher durch irgend eine Culpa des Schuldners entstanden ist, ferner auf Ersatz des Interesse, wenn die Sache nicht von der vertragsmäßigen Beschaffenheit ist, auf Ablösung der Verbindlichkeit, welche der Gläubiger vermöge seines Verhältnisses zur Sache auf sich zu nehmen hatte, endlich auf den Ersatz der Verwendungen, und zwar der nothwendigen schlechthin, der nützlichen, insofern sie nicht unmäßig und für den Pfandgeber unerschwinglich sind.

Depositum.

§. 321.

Einige haben bezweifelt, ob das Depositum auf bewegliche Sachen beschränkt sei. Diese Beschränkung ist allerdings nicht ausdrücklich im römischen Recht ausgesprochen, aber offenbar nur deswegen, weil nie ein Zweifel darüber entstehen konnte, denn schon das Wort deponere schließt unbewegliche Sachen aus. Bei den letzteren ist nur ein Mandat möglich.

Zu Note r des Lehrbuchs:

Die contraria actio hat hier, beim Depositum, eine ganz besondere Bedeutung und Wichtigkeit, weil die exceptio doli wegen Gegenforderungen nicht zugelassen wird nach justinianischem Recht. Viele Praktiker haben dieselbe (als Retentionsrecht) dennoch zulassen wollen wegen nothwendiger Verwendungen von Seiten des Depositars. Aber die dafür angeführte Stelle spricht ganz allgemein jenen Grundsatz aus, es ist kein innerer Grund vorhanden, sie zu beschränken. Der Grund, daß die impensae necessariae sonst ipso iure den Anspruch verringern, findet hier keinen Platz, höchstens kann er angewendet werden, wenn die Forderung in eine Interesseforderung übergegangen ist, nicht aber wo die deponirte Sache selbst noch gefordert wird.

Vertheidigung des Beklagten durch Negation ist nicht ausgeschlossen, z. B. wegen Aufhebung der Verbindlichkeit durch Untergang der Sachen ohne seine Schuld. Eine Negation ist es ferner auch, nicht eine Exceptio, wenn der Beklagte sich auf sein Eigenthum beruft; aber dieser Einwand wird doch nur dann gehört werden können, wenn der Anspruch sofort liquid ist, denn außerdem steht zwar nicht jene Beschränkung der Exceptio, aber der juristische Besitz des Deponenten und seine Berechtigung zu den possessorischen Interdicten der Wirksamkeit dieser Vertheidigung entgegen.

§. 322.

Siehe das Lehrbuch.

Mandatum.

§. 323—326.

Schon bei dem Depositum geht die Verbindlichkeit auf eine Thätigkeit im Interesse eines Anderen, nur noch auf eine sehr unvollkommene Weise, da der Depositar mehr zu einem Dulden,

als zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet ist. Weit vollkommener sind die Obligationen auf Führung fremder Geschäfte, deren Reihe die obligatio ex mandato beginnt. Es sind zum Theil Verhältnisse rein privater Natur, mandatum, negotiorum gestio, zum Theil solche, welche zugleich eine öffentliche Seite haben, die nicht ohne Einfluß auf ihre privatrechtliche Gestaltung bleibt; dies sind diejenigen Verhältnisse, bei denen die Geschäftsführung den Charakter eines Amts hat, cura bonorum, Vormundschaft, öffentliches Amt. Diese Obligationen beschäftigen uns bis §. 358.

[Mandatar heißt der Beauftragte in seinen Beziehungen zum Mandanten, Auftraggeber; für das zu besorgende Geschäft aber und in Beziehung auf seine Vollmacht heißt er Procurator.] Die Erforderniſſe des Mandats für die Entstehung der actio mandati [directa und contraria] sind folgende:

1) Das Mandat muß erlaubte Geschäfte zum Gegenstand haben, ein Auftrag zu unerlaubten Handlungen ist kein Rechtsgeschäft, sondern selbst eine unerlaubte Handlung.

2) Künftige Geschäfte, so bringt z. B. der Auftrag, jemandem zu leihen, wenn dies schon [vor dem Auftrag] geschehen ist, nicht die actio mandati hervor.

3) Das Mandat kann nicht so geschlossen werden, daß bloß der Mandatar ein Interesse dabei hat; ein Rath ist kein Rechtsgeschäft und es entspringt daraus keine Obligatio. Dagegen ist es nicht schlechterdings nothwendig, daß der Mandant ein Interesse bei dem Geschäft hat, auch im Interesse eines Dritten kann das Mandat gegeben sein, der Mandant macht dieses Interesse durch den Auftrag zu dem seinigen. Die actio mandati directa des Mandanten gegen den Mandatar setzt allerdings ein Interesse des Mandanten voraus, ist aber der Auftrag vollzogen, so ist es für die actio mandati contraria genug, wenn nur die Absicht, sich zu verpflichten, wirklich vorhanden war, z. B. Auftrag zum Erbschaftsantritt, Auftrag, Gläubiger eines Anderen zu werden; der Nachweis eines Interesse des Mandanten selbst ist nicht nöthig.

4) Die Geschäftsführung muß unentgeltlich übernommen sein; indessen ist ein Honorar als Remuneration für den Mandatar

denkbar, (doch kann es nicht mit der actio mandati contraria, [sondern nur mit einer besonderen Klage aus dem Vertrage] gefordert werden.

5) Das Mandat ist ein Consensualcontract, und da keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, so kann es auch stillschweigend geschlossen werden, z. B. ich gestatte, daß sich ein Anderer für mich verbürgt.

Von der Assignation.

Die Assignation ist eine besondere Anwendung des Mandats, um einer Person die Auszahlung einer Summe durch eine andere zu verschaffen. Dieser Zweck wird durch ein doppeltes Mandat erreicht:

1) Mandat an den, welcher die Summe erheben soll; dieses insonderheit heißt Assignation, Anweisung. Der Mandatar heißt Assignatarius, der Dritte, welcher zahlen soll, Assignatus, [der Auftraggeber Assignant]. Der Ausdruck Assignation wird insonderheit gebraucht, wenn der Assignatar die Zahlung für eigene Rechnung in Empfang nehmen, also behalten soll, wodurch sie sich von einem gewöhnlichen Mandat unterscheidet. Die Assignation ist unterschieden von der Cession:

a) die Assignation setzt nicht voraus, daß der Assignat Schuldner des Assignanten ist;

b) auch wenn er dies ist, so soll der Assignatar doch nicht die Klage gegen den Assignaten erhalten.

2) Mandat an den Assignaten zu zahlen, Zahlungsmandat. Ist dieser Schuldner des Assignanten, so wird er durch Vollziehung des Auftrags frei, ist er es nicht, so erhält er durch die Vollziehung die actio mandati contraria auf Ersatz.

Die Hauptfrage ist, ob bei diesen Mandaten eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen über den Widerruf stattfinde. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

a) Das Mandat an den Assignatar, die eigentliche Assignation, kann widerrufen werden, bis es vollzogen ist, auch wenn der Assignatar Gläubiger des Assignanten ist und durch die Assignation befriedigt werden soll. Daher gilt denn auch der Grundsatz: Assignation ist keine Zahlung. Eben deshalb kann der Schuldner noch immer einen anderen Weg der Befriedigung seines Gläubigers einschlagen. Ein unzeitiger Widerruf, welcher den Assignatar in Nachtheil bringt, berechtigt ihn natürlich zur Ersatzforderung mit

der actio mandati contraria. Gewöhnlich will man den Widerruf nicht zulassen, wohl aber, daß der Assignant dem Assignatar zuvorkomme. So ist es allerdings bei der Cession; aber dieser Grundsatz läßt sich hierher nicht anwenden, weil dem Assignatar kein Recht der Geltendmachung übertragen ist.

b) Ebenso kann auch das Mandat an den Assignaten widerrufen werden, natürlich wie jedes Mandat, vor der Ausführung; dieser Widerruf des Zahlungsmandats heißt contremandiren. Ist die Zahlung geschehen, so fällt das Contremandiren weg, ebenso wenn etwas Anderes geschehen ist, was der Zahlung gleichsteht. So wenn ein Vertrag zwischen Assignat und Assignatar geschlossen ist, wodurch jener sich diesem verpflichtet, also dieser jenem statt sofortiger Zahlung creditirt hat. Nur muß mandatsmäßig dabei verfahren sein, also es darf diese Verpflichtung auch nicht früher eingetreten sein, als auch die Zahlung hätte geschehen können. Viele haben geglaubt, die s. g. Acceptation der Anweisung schließe das Contremandiren aus. Dies ist entschieden unrichtig. Die Acceptation enthält nicht eine Verpflichtung des Assignaten gegen den Assignatar, (wie etwa die Acceptation des Wechsels durch den Trassaten). Uebrigens auch wenn diese s. g. Acceptation einen Vertrag enthielte, mit dem Versprechen zu zahlen, so würde diese Verpflichtung jene Wirkung der Ausschließung des Contremandirens nur haben, wenn sie der Zahlung gleichstünde; sie müßte also geschehen sein zu einer Zeit, wo mandatsmäßig zu zahlen ist, nicht früher, (die Acceptation aber geschieht gewöhnlich früher). Manche Juristen, welche dies letztere anerkennen, wollen doch das Mandat an den Assignatar für unwiderruflich halten, was ganz inconsequent ist.

Negotiorum Gestio.

§. 327—329.

Eine der Mandatsobligatio analoge Obligatio entsteht ohne Mandat durch die bloße Besorgung fremder Geschäfte, negotiorum gestio; aus derselben entspringt die actio negotiorum gestorum directa [des Dominus gegen den Gestor] und contraria [des Gestor gegen den Dominus.]

Die allgemeine Voraussetzung dieser Obligatio ist die Nichtexistenz eines Auftrags; dieser ist auch stillschweigend möglich,

wenn der dominus negotii die Handlung weiß und nicht einschreitet, z. B. die Verbürgung zuläßt. Hier ist es also eine Mandatsobligatio. Man streitet, ob der Fall ebenso zu behandeln sei bei einem Abwesenden, welcher es hinterher erfährt und nicht widerspricht. Viele haben diese Frage bejaht unter der Voraussetzung, daß er widersprechen konnte und es nicht that. Dies ist falsch. Es besteht keine Verbindlichkeit für ihn, sich sofort darüber zu äußern, wenn die Handlung schon geschehen, also nicht mehr zu hindern ist. Daher hört auch die actio negotiorum gestorum nicht auf, statthaft zu sein, und wird nicht von der mandati actio verdrängt. Die nachfolgende Ratihabition [wenn sie ausdrücklich geschieht] steht der Vollmacht gleich, also dem Mandat in seiner Wirkung nach außen, hinsichtlich der Obligatio zwischen Dominus und Gestor aber ist sie kein Mandat, denn dies wäre ein Mandat vergangener Handlungen, das nicht möglich ist.

Die actio negotiorum gestorum directa des Dominus setzt nichts weiter voraus, als Geschäftsführung ohne Auftrag. Dadurch wird der Gestor dem Dominus verpflichtet, analog dem Mandatar. Es kann jemand zum Dominus werden durch Ratihabition, z. B. es hat jemand etwas für mich eincassirt, was ich gar nicht zu fordern hatte. (Ja hier entsteht sogar die actio mandati, wenn der Gestor für den Ratihabenten gerirt, also von seiner Seite Consens vorhanden war, zu dem durch die Ratihabition der Consens des Anderen hinzutritt.)[1] Der Mandatar des Einen kann Negotiorum Gestor des Anderen sein. Hat der negotiorum gestor fremde Geschäfte (bona fide) geführt, (d. h.)[2] ohne zu wissen, daß es fremde sind, so haftet er nur in quantum locupletior factus est.

---

1) (Diese Stelle ist im Heft mit Bleistift eingeklammert, so daß sie vielleicht wegbleiben sollte. Sie enthält den Versuch, die L. 60. D. de R. J. (50, 17): Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur: sed et si quis ratum habuerit quod gestum est: obstringitur mandati actione in Einklang zu bringen mit L. 9. D. de negotiis gestis (3, 5): — nam utique mandatum non est: erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. Offenbar ist dieser Versuch gelungener als die gewöhnliche z. B. von v. Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen Bd. 3. §. 664. Anm. unter III. S. 485 f. gebilligte Unterscheidung zwischen der actio directa und contraria, so daß letztere nach der Ratihabition aus dem Mandat angestellt werden könnte, erstere nicht. Diese Unterscheidung wird nicht nur in der letzten Stelle nicht gemacht (si a debitore meo exegerit et probaverim, quemadmodum recipiam? — ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet?), sondern sie hat auch die Natur der Sache gegen sich: wird einmal ein Mandat angenommen, so muß es nach beiden Seiten wirken. A. d. H.)

2) (Die Worte „bona fide" und „d. h." sind im Heft mit Bleistift eingeklammert. A. d. H.)

Bei weitem mehr Erfordernisse hat die actio negotiorum gestorum contraria des Gestors:

1) Besorgung fremder Geschäfte, mit der Absicht, dadurch einen Anspruch gegen den Dominus zu erhalten, also mit dem Animus, zu verpflichten. Daher ist das Bewußtsein, daß das Geschäft ein fremdes ist, erforderlich. Eine Ausnahme tritt ein, wenn jemand als Erbe negotia der Erbschaft führte; ergiebt sich nachher, daß ein Anderer Erbe ist, so hat jener unter den sonstigen Voraussetzungen die actio negotiorum gestorum contraria gegen den wahren Erben, weil er doch als Vertreter der Erbschaft und nicht schlechthin für sich gehandelt hat. Mit Unrecht haben die älteren Praktiker eine actio negotiorum gestorum utilis angenommen überall, wo jemand ein fremdes Geschäft geführt hat in der Meinung, es sei sein eigenes, z. B. eine fremde Schuld bezahlt hat in der Meinung, es sei seine eigene. Dies ist eine gegen das Wesen dieser Obligatio streitende Ansicht. Es ist die Absicht des Gestors, zu verpflichten, durchaus erforderlich; wäre jene Ansicht richtig, so müßte jeder Besitzer einer fremden Sache diese Klage wegen Verwendungen haben, er hat aber nur die exceptio doli. Auch wenn er die Geschäfte als fremde wußte, aber sie nur um seines eigenen Interesses willen führte, hat er die contraria actio nicht schlechthin, sondern nur in quantum locupletior factus sum. — Ein Irrthum in der Person dagegen schadet nicht, (es würde dieser nur bei einem Vertrag ein Hinderniß sein, hier aber entsteht eine Obligatio ohne Vertrag).

2) Die Geschäfte dürfen nicht gegen Verbot geführt sein.

3) Es muß utiliter gestum, d. h. es muß zum Vortheil der Geschäfte gewesen sein, daß der Gestor sich ihrer angenommen hat, auch wenn der Erfolg vereitelt ist, z. B. wenn ich in Abwesenheit jemandes sein Haus reparire, und dieses nachher abbrennt. Ersetzt wird dieses Erforderniß durch Billigung des Dominus.

Wenn die Erfordernisse unter 2) und 3) fehlen, so hat der Gestor wenigstens eine Klage in quantum locupletior factus est dominus.

Cura bonorum.

§. 330.

Siehe das Lehrbuch.

Vormundschaft.

Begriff.

§. 331. 332.

Es kann jemandem ein Vermögen und dessen selbstständige Verwaltung zufallen, ohne daß er die persönlichen Eigenschaften besitzt, welche dazu erforderlich sind, so das Alter, den Verstand, Gesundheit des Geistes und Leibes. Wenn solche Personen unter väterlicher Gewalt stehen, so ist durch den Einfluß dieser regelmäßig einem solchen Mangel seine schädliche Wirkung genommen, da der Unterworfene entweder kein oder kein selbstständiges in seiner eigenen Verwaltung stehendes Vermögen hat. Das Bedürfniß einer Verwaltung statt des dazu untüchtigen Subjects tritt vornehmlich bei gewaltfreien Personen ein.

Die Möglichkeit der Bestellungen von Procuratoren reicht nicht aus, denn diese Bestellung ist selbst schon und zwar einer der wichtigsten Verwaltungsacte.

Hier tritt das Recht ein und sorgt dafür, daß solchen Personen die ihnen zuerkannte Selbstständigkeit nicht schädlich werde. Dies geschieht durch eine Verwaltung eigenthümlicher Art, tutela, cura. Den Begriff siehe im Lehrbuch. In diesen Begriff ist die persönliche Fürsorge, und die Ergänzung der Handlungsfähigkeit nicht aufgenommen, weil diese nicht bei allen Vormundschaften vorkommen, und daher nicht zu dem wesentlichen Inhalt der Vormundschaft gehören.

Man kann sagen, die Vormundschaft tritt an die Stelle der väterlichen Gewalt, aber man ist nicht berechtigt, daraus einen Schluß auf die Natur dieses Instituts und seine Stellung im System zu ziehen.

Das älteste römische Recht behandelte die Vormundschaft als eine reine Familiensache. Es gab ihr daher die Form eines Familienrechts, der Gewalt über die Person.[1] Gewisse Personen waren, wenn sie einer anderen Gewalt nicht unterworfen sind, der Gewalt eines Vormundes untergeben, welche sie zwar nicht des Vermögens, aber der Verfügung über dasselbe beraubt. Der

---

1) Vgl. die Definition des Servius §. 332 Note c des Lehrbuchs.

Vormundschaft liegt hier nicht vorzugsweise das Interesse des Mündels zu Grunde, sondern das Familieninteresse. Daher erscheint hier die Vormundschaft nicht als eine Pflicht, sondern als ein Recht des Vormundes, welcher der Nächste aus der Familie und somit als nächster Erbe an der Erhaltung des Vermögens betheiligt war.

Diese rechtliche Anschauung der Sache hörte auf, dem Rechtsbewußtsein des Volks angemessen zu sein. Das Familieninteresse zog sich zurück vor dem Einzelinteresse des Mündels. Es wurde der Gedanke immer mächtiger, daß die Vormundschaft um der Mündel, nicht um der Vormünder willen bestehe. Dies trat vor allem augenscheinlich hervor, als andere Vormünder, als jene gesetzlich berufenen nächsten Erben entstanden, testamentarische Vormünder, welchen eine Repräsentation des Familieninteresse nicht zugeschrieben werden konnte. Sie entstanden gerade in der Absicht, die Vormundschaft der Familie zu entziehen, das Vermögen des Pupillen aus diesem Nexus [der Familie] herauszunehmen. Diese Vormundschaft als ein Familienrecht, ja überhaupt als ein Recht des Vormunds zu behandeln, wäre gegen die Intention [des Testators] gewesen. Und so kam es zu einem Umschlag der rechtlichen Auffassung, wodurch die Vormundschaft aus dem Familienrecht heraus, in das reine Vermögensrecht eintrat.

Die Form, welche die Vormundschaft nun annahm, und allein annehmen konnte, war die einer Obligatio zwischen Vormund und Mündel, vermöge deren jener verpflichtet ist, die Verwaltung des Vermögens zum möglichsten Vortheil des letzteren zu führen. Auch die gesetzliche Vormundschaft der nächsten Erben erhielt diesen Charakter, man behielt sie nur bei, in der Erwägung, daß das eigene Interesse des Vormundes unter gehöriger Beschränkung und Leitung mit dem des Mündels Hand in Hand gehen wird.

Das Institut der Vormundschaft bedurfte aber nunmehr einer viel genaueren und detaillirteren Bestimmung, als in der Zeit, wo es eine reine Familiensache gewesen war. Es entstand nun das ausführliche Recht über Entstehung, Endigung, Amt der Vormundschaft, welches wir in den römischen Rechtsquellen vorfinden, Rechtssätze, die das Ziel haben, jedem Bedürftigen einen tauglichen Vormund zu verschaffen, die Verwaltung desselben zu bestimmen, zu begränzen, und sonst dem Mündel die nöthigen Ga-

rantien zu verschaffen. Man kann hier nicht wie bei anderen Obligationen sich dabei beruhigen, daß die Partheien für eine entsprechende Gestaltung des Verhältnisses und Sicherungen selbst sorgen werden. Denn die eine dieser Partheien und zwar die, auf deren Sicherstellung alles ankommt, ist dieser Aufgabe nicht gewachsen, ihre Untauglichkeit ist ja die Veranlassung des ganzen Instituts.

So wie daher die Vormundschaft dem Bereich der Familie entnommen war, mußte der Staat eintreten und seine Fürsorge aufs Genaueste bethätigen. Wie die Vormundschaft sich von der Familie entfernt, nähert sie sich dem öffentlichen Recht. Der Staat bethätigt seine Fürsorge zunächst durch die Aufstellung eines Vormundschaftsrechts, von Rechtssätzen über die Entstehung, Endigung, Natur und Inhalt jener Obligatio in der angegebenen Weise.

Aber dies konnte nicht genügend befunden werden. Man ging zu einer unmittelbaren Einwirkung des Gemeinwesens auf die Führung der einzelnen Vormundschaften fort, wodurch die öffentlichen Behörden, welche damit beauftragt sind, selbst einen vormundschaftlichen Charakter erhalten. Das heißt, jene Behörden sind nicht bloß als Richter thätig für die Anwendung der Rechtssätze über die Vormundschaft, sondern auch in administrativer Weise, da wo es zweckmäßiger erschien, durch eine solche unmittelbare Mitwirkung bei dem vormundschaftlichen Amt einem Nachtheil lieber vorzubeugen, als es auf die künftige Wiederherstellung desselben auf dem Rechtswege ankommen zu lassen. Dahin gehört z. B. die Absetzung eines untauglichen Vormundes, die Mitwirkung bei gewissen Veräußerungen u. s. w. Diese vormundschaftliche Thätigkeit der Behörde nennen wir zum Unterschied von der des Vormundes die obervormundschaftliche.

Diesen Wendepunkt, womit jene unmittelbare administrative Einwirkung der Obrigkeit anfing, können wir daher als Entstehung des Begriffs der Obervormundschaft bezeichnen. Schon das neuere römische Recht hat diese Wendung genommen; hier aber war jener Begriff noch beschränkt auf gewisse einzelne Punkte, wo eine solche Einwirkung zunächst als unumgängliches Bedürfniß sich darstellte.

Vollständiger ausgebildet hat sich das Institut der Obervormundschaft in der neueren Zeit seit dem Mittelalter; theils schon

in der Reichsgesetzgebung, theils in den Partikulargesetzen der einzelnen Länder. Es hat sich ein System fortwährender Theilnahme an der vormundschaftlichen Verwaltung eingerichtet, besonders durch die gemeinrechtliche Vorschrift einer jährlichen Rechnungslegung, welche dem neueren Recht eigenthümlich ist.

Diese Fürsorge hat sich nur allzuhäufig überspannt. Die Vormundschaft ist öfters ganz in die Functionen der Behörden hereingezogen worden, und hat dadurch an der Langsamkeit, Pedanterei und Unzweckmäßigkeit, mit welcher die öffentlichen Geschäfte nicht selten betrieben werden, Theil genommen. Aus einer Wohlthat ist die angestrengte öffentliche Fürsorge häufig eine Calamität geworden.[1]

Arten der Vormundschaft.

§. 333. 334.

Im römischen Recht gab es zwei Arten von Vormundschaften: tutela (impuberum und mulierum) und cura.

Sonst glaubte man den Unterschied so bestimmen zu müssen: der Tutor sei vorzüglich für die persönlichen Verhältnisse, der Curator für das Vermögen des Mündels bestimmt. In diesem Sinne brauchte man den Spruch: Tutor personae, curator rei datur, welche Meinung man auf einige Stellen des geschriebenen Rechts[1] gründete. Diese Stellen enthalten einen ganz anderen Gegensatz als den von persönlichen und Vermögensbeziehungen; sie setzen nämlich das ganze Vermögen, die Person in vermögensrechtlicher Hinsicht und die einzelnen Sachen und Geschäfte einander entgegen. Persona heißt also nicht die Person gegenüber dem Vermögen, sondern das ganze Vermögen gegenüber einer einzelnen Vermögensangelegenheit. Jene Stellen sagen aber auch nicht einmal: ein Tutor kann überall nur personae,

---

1) (Der Verf. erkennt hiermit implicite das Bedürfniß an, die Vormundschaft aus einer Staatssache wieder zu einer Familienangelegenheit zu machen und das unbegründete Mißtrauen gegen die Familie aufzugeben. Damit aber fällt zugleich die gezwungene Stellung der Vormundschaft im Obligationenrecht (vgl. §. 332 Note e des Lehrbuchs), welche den Verfasser nöthigt, schon das vormundschaftliche Amt selbst als Obligatio aufzufassen, also statt der Obligatio aus der Verwaltung eine Verpflichtung auf möglichst vortheilhafte Vermögensadministration anzunehmen, hinweg und die natürliche Anknüpfung der Vormundschaft an das Familienrecht tritt wieder in ihr Recht. A. d. H.)

1) Vgl. die §. 333 Note c des Lehrbuchs citirten Stellen.

nicht rei vel causae gegeben werden, sondern sie sagen nur: durch Testament kann es nicht geschehen.[2]

Bei allen Vormündern ist das Vermögen die Hauptrücksicht. Mit den persönlichen Verhältnissen, Erziehung u. s. w. kann der Tutor zu thun haben (obwohl nicht nothwendig, z. B. bei der tutela mulierum), aber dies ist nur etwas accessorisches; ebenso aber und nicht weniger kann dies auch beim Curator vorkommen, welcher z. B. bei Wahnsinnigen auch die Pflege zu besorgen hat.

Der Unterschied zwischen Tutela und Cura beruht allerdings auf einem Accessorium zu dem allgemeinen Begriff des Vormundes, aber nicht auf diesem, sondern auf einem anderen, welches wirklich der Tutor vor dem Curator voraus hat.

Der Inhalt des vormundschaftlichen Amtes kann ein dreifacher sein:

1) Vermögensverwaltung. Diese ist das Gemeinschaftliche aller Vormundschaften, der Tutela und Cura in allen Fällen, wenigstens nach neuestem Recht. Nur im älteren Recht gab es einen Fall der Tutela, bei welchem dieser Punkt fehlte: die tutela mulierum; dieser ist im justinianischen Recht weggefallen.

2) Fürsorge für die persönlichen Verhältnisse des Mündels. Dieser Inhalt kommt nicht bei allen Vormundschaften vor, aber ohne Unterschied zwischen Tutela und Cura.

3) Ergänzung der Handlungsfähigkeit durch Interposition der Auctoritas, für gewisse Handlungen (die das Vermögen betreffen), deren der Mündel für sich nicht fähig ist. Diese Berechtigung zur Auctoritas ist das, was der Tutor vor dem Curator voraus hat. Der Curator hat zu Veräußerungen und zu Verpflichtungen auch seinen Consens zu geben, aber dieser Consens ist keine Ergänzung der Handlungsfähigkeit, er setzt die Handlungsfähigkeit vielmehr voraus; es liegt in ihm nur die Entscheidung, ob ein Geschäft vorgenommen werden soll, [das dann der Mündel selbstständig abschließen kann. Der Consens ist also nur ein Act der Verwaltung], nicht eine förmliche Mitwirkung dabei,

---

2) (Ja sie sagen genau genommen nicht einmal Dieses, denn selbst die testamentarische Tutel konnte als Optivtutel bei der Manus auf gewisse Angelegenheiten beschränkt sein (Gai. I. §.150 f.), sie gehen also bloß auf die testamentarische Dativtutel, bei welcher jene Beschränkung deshalb unzulässig erscheint, weil die Unfähigkeit des Mündels eine ganz allgemeine ist. Nach Beseitigung der Optivtutel fehlte der rechte Gegensatz zu jenem Grundsatze, man suchte nach einem anderen und verfiel auf die Cura, die gar nicht hierher gehört. A. d. H.)

daher kann er auch nachfolgen. Bei Unmündigen wäre dieser Consens nicht hinreichend, um sie zur Handlung fähig zu machen. Sie bedürfen dazu der Auctoritas, welche nur der Tutor, nicht der Curator hat.

Ist der zu Bevormundende natürlich handlungsunfähig, furiosus, so kann bei ihm von einer Auctoritas nicht die Rede sein, denn es ist keine Ergänzung der Handlungsunfähigkeit denkbar; daher erhält ein solcher einen Curator, (nur bei infantes ist es anders, sie erhalten in Erwartung des kommenden Alters einen Tutor). Ebenso ist eine Auctoritas nicht möglich, wenn der Bevormundete vollkommen handlungsfähig ist, z. B. der pubes minor.

Hieraus ergiebt sich also folgendes Resultat: Curator ist der Vormund schlechtweg, Tutor der Vormund mit der Macht Auctoritas zu interponiren. Daraus erklären sich die Fälle, in welchen ein Vormund der einen oder anderen Art gegeben wird.

Tutoren kommen nur vor bei Impuberes. Wesentliche Voraussetzung dabei ist, daß der Pupill sui iuris ist; ferner, daß er nicht schon einen Tutor hat. Es sind zwar mehrere Tutoren möglich, und so ist auch die nachherige Beiordnung nicht undenkbar. Aber nicht Zuordnung eines besonderen unabhängigen Tutors. Aber auch diese Regel hat Ausnahmen: a) es kann ein besonderer Vormund ernannt werden für einen besonderen entfernten Gütercomplex, der dann als ein besonderes Vermögen behandelt wird; b) kann für einzelne Geschäfte ein Tutor bestellt werden, um für sie Auctoritas zu interponiren, während einer Verhinderung des allgemeinen Tutor. Ein solcher Tutor für einzelne Geschäfte kann nur durch die Obrigkeit bestellt werden, nicht durch Testament. — Wenn ein Impubes zufällig handlungsunfähig wäre, z. B. noch infans oder furiosus, so erhält er doch einen Tutor, weil ja diese gänzliche Unfähigkeit möglicherweise gehoben werden kann. — Die Tutel ist endlich nichts freiwilliges, der Unmündige ist ihr nothwendig unterworfen, sowie ihre Voraussetzung, die Freiheit von der väterlichen Gewalt eintritt.

Auch die Cura setzt voraus, daß der Mündel sui iuris ist. Doch kann [auch für einen Filiusfamilias] ein Curator bestellt werden, wenn ein selbstständiges Vermögen existirt und die Ueber-

lassung der Administration desselben an den Vater Bedenken hat. Die Cura kann stattfinden:

1) Ueber Impuberes, wenn der Tutor momentan an der Verwaltung gehindert ist; ferner für die Führung eines Processes zwischen dem Tutor und dem Pupillen; endlich überhaupt bei der Entstehung von Schuldverhältnissen zwischen ihnen.

2) Ueber Puberes Minores; die cura minorum ist der Hauptfall. Nach römischem Recht ist dieselbe freiwillig von Seiten des Minderjährigen, nur mit Ausnahme folgender zwei Fälle: wenn der Schuldner Zahlung leisten will, und wenn der Minderjährige einen Proceß führt, wo der Gegner die Bestellung eines Curator in litem verlangen kann. — Der Eintritt der Cura ist freiwillig, nicht die Dauer derselben.

3) Ueber Wahnsinnige, cura furiosi. Hier muß der Anstellung eine Untersuchung von Seiten der Obrigkeit vorausgehen.

4) Ueber Verschwender, cura prodigi. Diese wird analog der cura furiosi behandelt, sie setzt eine causae cognitio und die darauf folgende Prodigalitätserklärung voraus.

5) Cura ex aliis causis; nach richterlichem Ermessen kann jemand einen Curator erhalten, so namentlich Verstandesschwache, Gebrechliche, Kranke. Auch diese Cura ist nur freiwillig und tritt nur nach vorausgegangener Untersuchung des Zustandes ein.

Nach heutigem Recht bestehen noch alle diese Fälle der Vormundschaft: wegen Alters, (welche die Tutela Impuberum und die Cura minorum begreift), wegen Wahnsinns, Verschwendung, aus anderen Gründen. Eine derselben aber, die cura minorum, hat eine andere Gestalt angenommen.

Sie ist nicht mehr freiwillig, und darum wird sie nicht mehr getrennt von der Tutela Impuberum. Das heutige Recht hat daher nur Eine und eine ungetheilte Vormundschaft wegen Alters, unter welcher jemand von seinem ersten Lebensalter bis zu seiner Volljährigkeit steht. Im Ganzen wird diese Altersvormundschaft nach den Grundsätzen von der Tutela impuberum beurtheilt; die übrigen Fälle dagegen (unter 3—5) nach den Grundsätzen von der Cura.

Welche Bewandtniß hat es nun bei der Altersvormundschaft mit dem unterscheidenden Moment der Tutela und Cura, mit der Auctoritas? Die Frage ist nicht von sehr umfassender Wichtigkeit,

weil die meisten Geschäfte von den Vormündern selbst geschlossen zu werden pflegen, nicht von den Mündeln unter ihrer Mitwirkung. Aber sie wird doch immer noch vorkommen können.

Zwei Ansichten ließen sich denken:

1) Es ist auch in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen der Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige mehr. Dies würde auf doppelte Weise denkbar sein: a) die Auctoritas gilt auch für den pubes minor. Die Folge wäre Handlungsunfähigkeit desselben. Dies läßt sich nicht behaupten; b) die Auctoritas gilt weder für ihn noch für den impubes. Dies würde heißen: letzterer ist vollkommen handlungsfähig. Dies ist entschieden unrichtig, z. B. hinsichtlich der Delicte. Man müßte also sagen, seine Handlungsunfähigkeit trete nur hinsichtlich der Geschäfte ein; aber diese Inconsequenz wäre nicht zu rechtfertigen, denn eher wäre der umgekehrte Fall möglich, Fähigkeit zu Delicten ohne Fähigkeit zu Geschäften, (wie bei dem pubertati proximus).

Aber würde nicht doch auch der bloße Consens reell hinreichen, diesen Mangel zu ergänzen? Nein, denn es ist zweckmäßig, einen Unterschied zu machen zwischen einer wirklichen Mitwirkung bei dem Rechtsgeschäft selbst, und einem bloßen auch nachfolgenden Consens.

2) Es ist der Unterschied festzuhalten. Der Impubes handelt mit Auctoritas, der Altersvormund hat hier die Function eines Tutors; der Pubes dagegen handelt für sich selbst unter Voraussetzung des Consenses, der Altersvormund hat hier die Function eines Curators. Diese Entscheidung ist die dem geltenden Recht allein angemessene. Durch die Eigenschaft der Altersvormundschaft als Einer wird dies nicht gehindert, es liegt darin keine Theilung derselben. Es ist nur Eine Vormundschaft vorhanden, aber es verändert sich während derselben die Fähigkeit des Pupillen zu juristischen Handlungen und damit von selbst auch der Inhalt des vormundschaftlichen Amtes. Es fällt ein Theil desselben im Laufe der Jahre aus mit seiner Veranlassung. Wir haben davon auch schon im römischen Rechte ein Analogon bei dem infans; hier trat nur der umgekehrte Fall ein. [Die auch beim Infans eintretende Tutela hatte erst einen Sinn, wenn er infantia maior wurde, weil eine nicht existirende Handlungsfähigkeit nicht ergänzt werden kann.]

Was die Ordnung der folgenden Darstellung betrifft, so wird dieselbe zunächst die Entstehung der Obligatio, sodann den Inhalt derselben berühren. Jene begreift die Lehre von der Entstehung und Endigung des vormundschaftlichen Amtes. Hier sind zunächst die Fragen zu entscheiden: wer ist Vormund? wer ist Obervormund? Bei der Entstehung der Vormundschaft ist Delation (Berufung) und Antritt zu unterscheiden, ähnlich wie beim Erbrecht. Die Delation setzt Fähigkeit und Eintritt eines Delationsgrundes voraus.

Delation der Vormundschaft.

Fähigkeit.

§. 335—337.

In der Behandlung der Fähigkeit der Personen wird sich der Gesichtspunkt geltend machen, von welchem das Recht ausgeht, ob es die Vormundschaft als Recht des Vormundes, oder als ein lediglich zum Besten des Pupillen bestehendes Institut betrachtet. Dort werden die Unfähigkeiten sehr beschränkt sein, hier wird das umgekehrte Verhältniß eintreten.

Dem römischen Recht lag ursprünglich das erste Princip zu Grunde. Daher hatte es sehr wenige gesetzliche Unfähigkeiten. Diese wurden später dadurch ergänzt, daß es in die Macht der Obrigkeit gelegt ward, sonst untaugliche Personen nicht zuzulassen oder zu entfernen. Siehe die nähere Ausführung im Lehrbuch.

Delationsgründe.

§. 338. 339.

Für die Tutel bestehen drei Delationsgründe, welche nach heutigem Recht ihre Anwendung auf die Altersvormundschaft überhaupt finden.

1) Testamentarische Tutel. Es ist ein Recht der väterlichen Gewalt, Vormünder im Testament zu bestellen; die Ausübung dieses Rechts ist daher unabhängig davon, daß der Besteller dem Pupillen Vermögen hinterläßt. Die Form der Bestellung anlangend, muß dieselbe geschehen in einem gültigen Testament oder confirmirten Codicill. Was die Person des Vormundes betrifft,

so muß derselbe testamentarische Erbfähigkeit haben, er darf keine incerta persona sein, (die Unfähigkeit der incerta persona ist hier geblieben, nachdem sie für die Erbeinsetzung durch Justinian aufgehoben war). Unfähige Personen können unter der Bedingung des Fähigwerdens zu Vormündern bestellt werden, ja diese Bedingung soll sogar stillschweigend verstanden werden, wenn sie möglich ist (z. B. Minderjährige). Die Person des Pupillen anlangend, so muß derselbe impubes und suus sein, d. h. er muß nicht bloß in der väterlichen Gewalt des Bestellers sein, sondern auch durch dessen Tod sui iuris, gewaltfrei werden. Eine Modalität dieser Grundsätze ist, daß ein Tutor nicht für ein einzelnes Geschäft im Testament bestellt werden kann, (dies würde voraussetzen, daß der Pupill schon einen allgemeinen Tutor hätte). Uebrigens kann die Bestellung des Tutors auch mit einer Bedingung (Suspensiv- oder Resolutivbedingung), und mit einer Zeitbestimmung (Anfangs- und Endtermin ex die, ad diem) geschehen.

In einigen Fällen kann eine Ergänzung einer unvollkommenen Bestellung durch Confirmation der Obrigkeit eintreten, beim Vater ohne Untersuchung, im Vertrauen auf das Individuum desselben, in anderen Fällen, z. B. bei der Mutter ex inquisitione, siehe das Lehrbuch.

2) Gesetzliche Tutel (tutela legitima). Durch Rechtsvorschrift werden die nächsten fähigen Intestaterben zur Tutel gerufen, (was wegen des Interesse derselben an der Administration zweckmäßig ist). Ist der Nächste nur für jetzt unfähig, so tritt nicht etwa der Folgende ein, sondern es wird ein interimistischer Vormund durch die Obrigkeit bestellt. Lange bestimmte sich die gesetzliche Tutel nach der Intestaterbfolge der zwölf Tafeln, nicht nach den späteren Modificationen derselben. Dies ist geändert bei der Reform des Intestaterbrechts durch die Novelle 118; Justinian hat ausdrücklich vorgeschrieben, daß nach diesen Grundsätzen auch die gesetzliche Vormundschaft sich bestimmen soll. Aus diesem Grunde ist die in der Note m des Lehrbuchs erwähnte Meinung zu verwerfen.

Diese gesetzliche Tutel tritt nur ein, wenn kein tutor testamentarius vorhanden ist. Ist ein solcher bestellt, und er tritt ab ohne Mitwirkung der Obrigkeit, z. B. durch Tod, dann tritt die legitima tutela ein; wenn er dagegen durch die Obrigkeit ent-

fernt wird, z. B. durch Absetzung, so tritt nicht etwa die gesetzliche Tutel ein, sondern die Obrigkeit bestellt sofort den Tutor. Ebenso ist, wenn ein tutor legitimus wegfällt, zu unterscheiden in Beziehung auf die Nachfolge des nächstfolgenden.

3) Dativtutel. Die Berufung geschieht hier durch Bestellung von Seiten der Obrigkeit, (diese ist von der Confirmation zu unterscheiden, wo nur ein anderer Bestellungsgrund ergänzt wird, noch mehr von einer etwaigen Mitwirkung der Obrigkeit bei dem Antritt der Vormundschaft; siehe unten). Die Dativtutel tritt ein: a) überall, wo nur ein Interimsvormund oder ein Vormund für einzelne bestimmte Geschäfte bestellt werden soll, b) wenn weder ein tutor testamentarius noch legitimus vorhanden ist, c) wenn ein solcher durch die Obrigkeit entfernt wird. Zum Vormunde kann nur eine der Jurisdiction der obervormundschaftlichen Behörde unterworfene Person bestellt werden, der Richter kann nicht sich selbst zum Vormunde ernennen, eine Bedingung macht die Datio ungültig.

Nach deutschem Recht konnte die Vormundschaft auch durch Vertrag bestellt werden — tutela pactitia — diese ist nicht römisch. Aeltere Juristen wollten sie auf die L. 15. §. 1. D. de excusationibus (27, 1) zurückführen, diese Stelle sagt nur: wer dem Vater versprochen hat Vormund zu werden, verliert die Excusation.

Bei der Cura giebt es nur Einen Delationsgrund, Bestellung durch die Obrigkeit, siehe das Lehrbuch. Dieser Grundsatz gilt im heutigen Recht von allen Vormundschaften außer der Altersvormundschaft.

Mit der Bestellung durch die Obrigkeit hängt die petitio tutoris zusammen, siehe das Lehrbuch.

Excusation.

§. 340—342.

Siehe das Lehrbuch.

Antritt der Vormundschaft.

§. 343.

Die Delation der Vormundschaft ist nothwendig, aber sie ist noch nicht hinreichend, jemand zum Vormund zu machen. Den

Moment, wo der Delat wirklich Vormund wird, mithin die Obligatio zwischen ihm und dem Mündel beginnt, bezeichnen wir mit dem Wort: Antritt. Aber da die Uebernahme der Vormundschaft nicht freiwillig ist, so ist auch jener Moment nicht ein Willensact, sondern die Kenntniß von der Delation, (natürlich immer den vollkommenen Eintritt der Delation vorausgesetzt; wenn daher die Bestellung im Testament eine unvollkommene ist und erst der Confirmation bedarf, so kann der Besteller nie vor dieser Vormund werden, ebensowenig vor der Existenz einer gestellten Bedingung).

Der Vormund hat gleich bei dem Antritt der Vormundschaft gewisse Pflichten, welche er erfüllen muß, ehe er sich in die Verwaltung selbst einmischt, siehe das Lehrbuch.

ad 1): Inventarium ist eine specielle Aufzeichnung des gesammten Vermögens. Vor Aufnahme des Inventariums kann der Vormund Verwaltungsacte nur vornehmen, wo Gefahr im Verzuge ist. — Dem Mündel soll dadurch der Beweis des Vermögens und seines Betrages gesichert werden, welches er künftig von dem Vormund wieder zu fordern hat. Unterläßt der Vormund diese Verbindlichkeit, so hat dies seine Absetzung cum infamia zur Folge, und außerdem hat der Mündel das iusiurandum in litem gegen ihn. Der Vater kann aber die Inventarisation verbieten und dann ist der Vormund davon befreit. Heutzutage ist es regelmäßig auch eine Pflicht der Obervormundschaft, sofort beim Eintritt des Vormundschaftsfalles die Inventarisation zu besorgen.

ad 2): Nach römischem Recht waren die tutores testamentarii und ex inquisitione dati von der Cautionsleistung befreit, die ersteren im Vertrauen auf das Urtheil des Vaters, die zweiten, weil schon in Folge der inquisitio Personen, die für den Vormund haften, existiren. Die inquisitio nämlich geschieht dadurch, daß die s. g. affirmatores bezeugen, der Vormund sei idoneus. Heutzutage ist jeder Vormund zur Cautionsleistung verpflichtet, aber diese kann auch durch cautio pigneraticia geschehen. Daher ist nach gemeinem Recht der Besitz unbeweglicher Güter bei dem Vormund hinreichend, woran der Mündel eine gesetzliche Hypothek hat. Da, wo Hypothekenbücher existiren, wird eine bestimmte Cautionssumme eingetragen, deren Höhe sich nach dem richtet, was der Vormund in die Hände bekommt.

ad 4): Nach heutigem Recht ist kein Vormund zur Administration befugt, wenn ihm nicht dieselbe durch obrigkeitliches Decret ausdrücklich übertragen worden ist, dieses Decret nennt man das Tutorium oder Curatorium. Dieses Decret ist a) nicht etwa Bestellung des Vormundes, auch nicht Bestätigung der Bestellung („confirmatio ex iure germanico"); diese irrige Auffassung hat zu der Behauptung veranlaßt, heutzutage seien alle Vormundschaften Dativvormundschaften; b) auch der Antritt der Vormundschaft geschieht nicht erst mit jenem Decret, [sondern wird vielmehr durch dasselbe schon vorausgesetzt und erfolgt mit der Kenntnißnahme von der geschehenen Delation]. Daher ist die Auswirkung des Tutoriums selbst schon eine Pflicht des Vormundes, welcher also als Vormund schon vorausgesetzt wird. Er haftet, wenn er darin säumig ist und hierdurch etwas verloren geht. Kann ihm nichts zur Last gelegt werden, aber die Obrigkeit hat gezögert, so haftet er hinsichtlich der Administration erst von der Zeit der Ertheilung an.

Beendigung der Vormundschaft.

§. 344. 345.

Siehe das Lehrbuch.

Obervormundschaft.

§. 346.

Die Frage, wer ist Obervormund, zerfällt in folgende zwei Fragen:

1) überhaupt, mit welchem Amt sind jene Functionen verknüpft? Es können gewisse Behörden ausschließlich zu obervormundschaftlichen ernannt sein, z. B. besondere Pupillen-Collegien, oder die zweiten Instanzen. Gemeinrechtlich ist jede mit ordentlicher Gerichtsbarkeit versehene Behörde auch Obervormund.

2) Wer ist Obervormund in einem gewissen Falle? Diese Frage betrifft die Lehre von der Competenz des Obervormundes; siehe das Lehrbuch.

Amt des Vormundes.

§. 347.

Der erste und vornehmste Bestandtheil des vormundschaftlichen Amtes ist die Verwaltung des Vermögens, administratio.

Dadurch unterscheidet sich die Vormundschaft von der bloßen cura bonorum, welche nur custodia rerum [die Befugniß zu ihrer Conservirung] giebt. In der Administration liegt auch die Befugniß des Umsatzes der Güter, also der Veräußerung (nämlich der gegen ein Aequivalent). Aus diesem Theil des Amtes des Vormundes entsteht ferner die Obligatio zwischen ihm und dem Mündel. Nach römischem Recht gab es eine Vormundschaft, mit der eine administratio gar nicht verbunden war, die tutela mulierum, bei welcher daher auch die tutelae actio nicht stattfand.

Der Vormund hat durch seine Administration das Resultat hervorzubringen, welches der Mündel selbst hervorbringen würde, wenn er ein prudens paterfamilias wäre. Aber er prästirt doch nur diligentiam in suis rebus; siehe die Stellen in der Note e des Lehrbuchs.[1] Darin liegt kein Widerspruch; er wird als diligens paterfamilias vorausgesetzt, aber es wäre unbillig, mehr von ihm zu fordern, als diligentiam in suis rebus, da die Vormundschaft ja nichts freiwilliges ist, (daher anders bei dem curator bonorum). Diese Rücksicht fällt weg, wenn der Vormund durch freien Entschluß die Uebertragung der ganzen Verwaltung nachgesucht hat, wo ihn an sich nur ein Theil derselben getroffen hätte. Hier haftet er wie jeder andere Verwalter für diligentia diligentis patrisfamilias.

Als Administrator hat der Vormund alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche zur Verwaltung eines Vermögens gehören, Erhaltung und Vermehrung desselben bezwecken, seien es Rechtsgeschäfte oder nicht. Er hat also namentlich auch Sorge zu tragen für die Vornahme der für diesen Zweck nöthigen Rechtsgeschäfte, z. B. Verträge, Erbschaftsantritt u. s. w. Er hat die Entscheidung darüber, ob solche Rechtsgeschäfte vorgenommen werden sollen oder nicht, er kann seine Zustimmung versagen und wird nicht dazu gezwungen, natürlich aber macht er sich für die daraus entspringenden Nachtheile ebenso verantwortlich, wie durch seine Zustimmung zu einem nachtheiligen Geschäft. Nach der Praxis kann in einem solchen Falle die Obervormundschaft angegangen werden, und die Zustimmung des Vormundes ersetzen. Findet er Rechtsgeschäfte für nöthig oder nützlich, so kann er einen doppelten Weg einschlagen:

1) (Nicht bloß „die erste Stelle" wie Parbs a. a. O. S. 87 verschlimmbessert. A. d. H.)

1) kann er sie durch den Mündel vornehmen lassen. Hier heißt seine Entscheidung über die Vornahme consensus, der auch nachfolgen kann. Aber dieser Weg setzt Handlungsfähigkeit des Mündels voraus. Bei Unmündigen ist dieser Consens nicht hinreichend. Hier muß zu dieser Entscheidung noch eine Mitwirkung des Vormundes bei dem Rechtsgeschäft selbst hinzukommen, auctoritas. Der Unterschied der Auctoritas von dem Consens liegt darin: a) dieser ist ein reiner Ausfluß der Administration, jene dagegen ist ein weiterer Bestandtheil des vormundschaftlichen Amtes, eine Ergänzung der Handlungsfähigkeit, (es ließe sich denken, daß ein anderer den Consens, ein anderer die Auctoritas hätte); b) die Auctoritas besteht in einer ausdrücklichen Erklärung der Genehmigung und dadurch Ermächtigung des Pupillen zu dem Geschäft, [während der Consens auch stillschweigend ertheilt werden kann]; c) sie muß gegenwärtig und unbedingt bei dem Geschäft selbst ertheilt werden, so daß sie einen Theil des Acts selbst bildet; d) der Vormund kann sie nicht in rem suam interponiren, d. h. nicht bei einem Geschäft mit ihm selbst oder mit einer Person, durch die er erwirbt. Aus solchen Geschäften wird der Pupill nur soweit verpflichtet, als er ohne Auctoritas es werden kann, also soweit als er bereichert ist. Man hat geglaubt, der Grund liege in dem eigenen Interesse des Vormundes, das mit dem des Pupillen in eine diesem gefährliche Collision kommt. Dies ist nicht der richtige Grund. Das eigene Interesse des Vormundes schließt die Auctoritas nicht aus, so wenn der Pupill folgeweise sein Schuldner wird, z. B. bei einem Erbschaftsantritt, (ein Tutor zweier Pupillen würde wohl beider Auctor zu einem Geschäft mit einander werden können). Der Grund ist vielmehr ein rein formeller. Der Vormund kann nicht bei demselben Act zugleich als Parthei und als Vormund auftreten. Daher gilt die Regel nicht für den Consens des Curators, da dieser ganz außerhalb des Geschäfts liegt.

Bei Handlungsunfähigen, also furiosi, infantes, ist dieser erste Weg nicht möglich, es ist weder Consens noch Auctoritas denkbar, da beide eine Handlung des Mündels voraussetzen, jener eine juristische, diese wenigstens eine natürliche.

2) Der Vormund kann die Geschäfte selbst vornehmen, Veräußerungen vermöge seines Administrationsrechts, Erwerbungen und Verpflichtungsgeschäfte für den Mündel als Repräsentant,

soweit das Geschäft eine Repräsentation zuläßt. Siehe oben. Dies ist der einzige Weg bei furiosi und infantes; heutzutage ist es überhaupt der gewöhnliche. Man sagt häufig: der Vormund habe wenigstens den erwachsenen Mündel bei dem Geschäft zuzuziehen. Dies ist ohne Grund. Er ist nicht dazu verpflichtet, (da er nicht Lehrmeister des Pupillen sein soll), und er hat keinen Vortheil davon, denn durch die Zustimmung des Mündels wird er natürlich seiner Haftung weder ganz, noch theilweise ledig. — Alles was der Vormund für den Mündel thut, präjudicirt ihm nicht für seine eigene Person.

Bei manchen Vormundschaften tritt zu den Vermögensangelegenheiten noch eine Fürsorge für die persönlichen Verhältnisse des Mündels. Es liegt in dem Amt des Vormundes auch die Aufsicht und Pflege bei Wahnsinnigen, die Erziehung und der Unterricht bei der Altersvormundschaft.

Der Erziehungspunkt ist ein Gegenstand der unmittelbaren Theilnahme der Obervormundschaft. Im geschriebenen Recht finden sich hierüber folgende Bestimmungen.

1) Eine wichtige und entscheidende Frage ist die, wo und bei welchen Personen der Mündel erzogen werden soll. Die Obrigkeit bestimmt den Erzieher mit Beirath der Verwandten. Häufig hat man behauptet, dieselbe habe hierbei eine gewisse Rangfolge und zwar folgende zu beobachten: der im Testament des Vaters bestimmte, die Mutter, Ascendenten, Seitenverwandte.[2] Dies ist unrichtig. Die Obrigkeit hat freie Bestimmung, sie ist auch nicht einmal durch den Willen des Vaters beschränkt. Nur darf der Mutter die Ausübung ihres elterlichen Rechts nicht ohne hinreichende Gründe entzogen oder geschmälert werden. Es kann auch der Vormund gewählt werden, aber er hat als Vormund keinen Anspruch auf Erziehung ihrer Kinder.

2) Die Ernährungs- und Erziehungskosten fallen unter die Fürsorge des Vormundes. Die Obrigkeit bestimmt sie, an sie

---

2) (Parbs a. a. O. S. 87 verschlimmbessert: „der im Testament des Vaters bestimmte Ort, sodann solle die Mutter, bei deren Fehlen aber die übrigen Ascendenten und dann auch die Seitenverwandten darüber entscheiden". Es ist aber a) nicht von der activen Mitwirkung der Verwandten bei der Bestimmung des Erziehers, sondern von ihrer passiven Berufung die Rede, b) jene active Mitwirkung des Familienraths (consilium necessariorum) besteht nur in einer Berathung, die Entscheidung dieser Angelegenheit steht lediglich bei der Obrigkeit. A. d. H.)

können sich Mündel und Verwandte wenden, wenn etwa der Vormund nicht genug giebt. Nach römischem Recht kann der Vormund der Obrigkeit zuvorkommen, um eine Manifestation des Vermögens zu vermeiden. Dies fällt heutzutage weg, da die Obrigkeit stets eine genaue Einsicht in das Vermögen des Pupillen haben muß.

Einzelnheiten der Administration.

§. 348—350.

Siehe das Lehrbuch.

§. 351.

Die Veräußerungsbefugniß des Vormundes [war im älteren Recht ganz unbeschränkt und] ist [auch im späteren Recht] nicht aufgehoben und aus der Administration herausgenommen worden, aber sie ist beschränkt, so daß die Veräußerung zwar von dem Vormund geschehen kann, aber regelmäßig nur unter Voraussetzung einer vorhergehenden Untersuchung und Entscheidung der Obervormundschaft, (es ist eine vormundschaftliche Befugniß, aber regelmäßig eine solche, bei welcher Vormund und Obervormund concurriren).

Zuerst wurde diese Beschränkung eingeführt durch eine Oratio Severi: Die Veräußerung von praedia rustica und suburbana (also von Grundstücken, die nicht bloße Gebäude sind) durch den Vormund kann nur in Folge eines Decrets des Prätors geschehen. Constantin und die folgenden Kaiser bis auf Justinian haben dies allmählig auf das ganze Vermögen als Regel ausgedehnt, auf alle Gegenstände von Werth, namentlich auch Geld, [so daß nun die Möglichkeit, ohne Mitwirkung der Obrigkeit zu veräußern, die Ausnahme ist]. Daher kann z. B. der Vormund ohne Decret kein Darlehen geben oder bedeutende Ausgaben machen. Von dieser Regel giebt es Ausnahmen, siehe das Lehrbuch.

Veräußerung wird zum Vortheil des Mündels in dem weitesten Sinne genommen. Nicht bloß Veräußerung des Eigenthums oder Bestellung eines ius in re ist darunter begriffen, (so z. B. Verpfändung, auch nicht gleich bei der Erwerbung), sondern auch Zahlung der Schulden, überhaupt jede Minderung des Vermögens, welche in einer positiven und negativen Hand-

lung des Vormundes ihren Grund hat, z. B. non usus. Auch Ausschlagung eines deferirten Erwerbes wird hierher gezogen.

Es fallen aber doch nur Veräußerungen, welche von dem Vormunde abhängen, unter diese Beschränkung. Daher nicht die nothwendigen, welche in dem Recht einer anderen Person ihren Grund haben, z. B. Theilung, die ein Socius des Pupillen fordert, wenn der Pupill Miteigenthümer ist. Nur die Zahlung der Schulden ist ebenfalls hereingezogen.

Ueber die Beschaffenheit des Decrets siehe das Lehrbuch. Die Veräußerung, welche ohne Decret oder ohne ein gültiges Decret geschieht, ist nichtig, der Mündel hat das veräußerte Recht nicht verloren. Jedoch tritt diese Nichtigkeit nur unter der Bedingung ein, daß der Mündel es nicht vorzieht, die Thatsache selbst anzuerkennen, und sich wegen Ersatzes des Nachtheils an den Vormund zu halten. Siehe das Weitere im Lehrbuch, auch über mögliche Exceptionen des Beklagten.

Administration mehrerer Vormünder.

§. 352.

Mehrere Mitvormünder, welche zu derselben Vormundschaft berufen sind, können in Beziehung auf die Administration in verschiedenem Verhältniß zu einander stehen:

1) Einem ist die Verwaltung übertragen, dieser heißt tutor gerens, die übrigen sind zur Aufsicht über seine Verwaltung bestimmt: tutores honorarii. Dieses Verhältniß kann herbeigeführt werden in Folge einer Bestimmung des Vaters oder durch Uebereinkunft unter den Vormündern u. s. w., immer aber wird es mit rechtlicher Wirkung erst durch eine Genehmigung und Bestimmung der Obrigkeit hervorgebracht. Nach römischem Recht sind die tutores honorarii dadurch allein, daß einer zum tutor gerens ernannt worden, nicht von den Verwaltungsacten ausgeschlossen; dazu gehört, daß ihnen die unmittelbare Verwaltung untersagt ist. Nach heutigem Recht kehrt sich dies geradezu um. Kein Vormund hat die Verwaltung, dem sie nicht decretirt ist; die tutores honorarii sind also stets davon ausgeschlossen, wofern sie ihnen nicht theilweise anvertraut worden ist. Auch die honorarii sind Vormünder und haben daher mit der Verwaltung zu thun, nur lediglich im Wege der Controle und Aufsicht über den tutor gerens. Das

Periculum, d. h. die Haftung wegen unrechter Administration trifft hier zunächst den gerens, aber auch die honorarii, wenn sie in der Aufsicht etwas versäumt haben, und dies muß vermuthet werden, wenn sich eine Untreue des gerens zeigt. Unter den honorarii werden noch besonders unterschieden die notitiae causa dati, welche überdies die Pflicht haben, den gerens durch ihre Sachkenntniß zu unterstützen.

Auf die Fähigkeit zur Auctoritas, insofern sie von der Administration unabhängig ist, hat dieses Verhältniß keinen Einfluß, d. h. die honorarii können durch ihre Auctoritas so gut die Handlungsfähigkeit des Pupillen ergänzen, als der gerens, die Form ist durch ihre Auctoritas so gut beobachtet, als durch die des gerens. Eine andere Frage aber ist die Entscheidung über die Vornahme des Rechtsgeschäfts, welche ein Verwaltungsact ist. Diese hat allein der tutor gerens; wenn er aber für die Vornahme des Rechtsgeschäfts entschieden hat, so kann die Form der Auctoritas auch von einem Honorarius beobachtet werden. So vereinigen sich die Stellen der Note e des Lehrbuchs, welche einander zu widersprechen scheinen.[1]

2) Es können Mehrere gerentes sein. Hier ist ein doppeltes Verhältniß möglich: tutela divisa und indivisa, siehe das Lehrbuch.

Die Verwaltung kann unter diesen mehreren gerentes getheilt sein, und diese Theilung kann auf verschiedene Weise geschehen, sie kann eine lokale oder eine Theilung nach Geschäftsgattungen u. s. w. sein. Stets aber ist die obrigkeitliche Anordnung erforderlich, eine bloße Privattheilung hat auf die Haftung und das Recht der Administration keinen Einfluß. Ist nun aber wirklich tutela divisa, so ist jeder in Beziehung auf den Zweig des anderen honorarius, es haftet also auch jeder für die Verwaltung des Anderen, aber erst nach dem gerens und den für denselben direct haftenden Personen (Bürgen, Magistrat u. s. w.).

---

1) (L. 49. D. de adq. her. (29, 2) (Africanus): Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait. L. 4. D. de auct. tut. (26, 8): Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri. Item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus, nec enim id ratum haberi (Pomponius). Vgl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. 2, S. 303. A. d. H.)

Ohne eine solche Theilung sind alle gerentes für alle Geschäfte ohne Unterschied. Jeder ist vollständiger Administrator in Beziehung auf die ganze Vormundschaft, kann also allein alles vornehmen, was in der Administration liegt, aber jeder kann zugleich eine Handlung verbieten, welche dann nicht geschehen kann. Daher haften denn auch alle gleichmäßig wegen dessen, was sie gerirt und nicht gerirt haben. Die Nichtgerenten haben indessen a) das beneficium excussionis hinsichtlich der Gerenten, wenn sie zuerst belangt werden, womit sie den Pupillen zunächst an den Gerenten verweisen; b) die actio utilis gegen diesen, wenn sie zahlen müssen; c) das beneficium cedendarum actionum unter sich, d. h. wenn Einer das Ganze zahlt, so kann er verlangen, daß der Pupill (der Kläger) ihm die Klage gegen die übrigen cedirt; nur wenn die Vormünder eines dolus communis sich schuldig gemacht haben, findet kein solcher Regreß statt.

Nach älterem römischen Recht mußten im Fall der tutela indivisa die Mitvormünder bei Rechtsgeschäften alle consentiren und auctoritatem interponiren, wenn sie legitimi oder dativi waren. Dies hat Justinian aufgehoben. Die Nothwendigkeit einer Auctoritas Aller ist nur geblieben, wo es sich um die Endigung der Vormundschaft handelt, z. B. durch Arrogation. Dies gilt auch bei der tutela divisa, ja auch für die honorarii.

Klagen wegen der Administration.

§. 353. 354.

Die Klage des Mündels gegen den Vormund nach Beendigung der Vormundschaft geht vor Allem auf Rechnungslegung; der Vormund muß den Beweis der richtig geführten Verwaltung führen, nur richtet sich dieser Beweis nach den Erfordernissen einer ordnungsmäßigen Rechnung. Diese Pflicht des Vormundes kann auch nicht einmal der Vater im Testament erlassen, es giebt keinen tutor aneclogistus. Der Grund ist, daß jene Vorschrift publici iuris ist, nemo autem ius publicum remittere potest. Nach heutigem Recht steht neben dieser Rechnung noch die jährliche Rechnungslegung, sie schließt aber die Endrechnung nicht aus; jene fordert der Obervormund, diese der Pupill selbst mit der tutelae actio, oder, bei der cura, mit der utilis tutelae actio.

Die Klage kann öfter angestellt werden. Wegen dolus und culpa lata des Vormundes hat der Pupill das iusiurandum in litem. Die Erben des Vormundes haften schlechterdings, wenn sie in iudicium succediren, d. h. dieses schon gegen ihren Erblasser selbst erhoben war. Außerdem können sie nur wegen dolus und culpa lata des Erblassers belangt werden. Die Erben des Vormundes (natürlich nur großjährige und männliche) können aber auch angehalten werden, die angefangenen Geschäfte zu vollenden, (gerade so, wie der Vormund selbst nach Endigung der Vormundschaft bei seinem Leben). Deshalb findet die tutelae actio auch gegen sie statt. Auch wegen sonstiger gestio findet die Klage gegen sie statt, doch haften sie, wenn sie bona fide gerirten, nur für dolus und culpa lata.

Von Protutoren.

§. 355.

Wenn jemand sich als Vormund gerirt, ohne es zu sein, pro tutore negotia gerit, so wird er in Beziehung auf die Obligatio zu dem Mündel wie ein wahrer Vormund behandelt. Er haftet für das Gerirte und Nichtgerirte, er mag es gewußt haben oder nicht. Dieser Unterschied begründet nur folgende Verschiedenheit in der Haftung: im letzteren Falle prästirt er auch nur diligentia in suis rebus, wie ein gewöhnlicher Vormund, dagegen wenn er es gewußt, also ganz freiwillig gehandelt hat, so prästirt er die absolute diligentia. Ein solcher Protutor ist auch der wahre Vormund, wenn er nach beendigter Vormundschaft diese fortsetzt.

Natürlich aber steht der Protutor in Beziehung auf die Amtsbefugnisse dem wahren Vormund nicht gleich. Er hat keine Verfügung über die Güter und kann keine Auctoritas interponiren. Der Mündel wird eo auctore nur verpflichtet, soweit er es ohne Auctoritas werden kann. Hat die Obrigkeit die Auctoritas bestätigt, so gilt sie als obervormundschaftliche Auctoritas. Der Dritte, welcher dadurch in Nachtheil gekommen ist, hat innerhalb eines Jahres eine Klage gegen den falsus tutor, wenn dieser in dolo war, d. h. wußte, daß er nicht Vormund sei. Darauf bezieht sich auch die L. 10. D. quod falso tutore auctore.[1] Die

1) L. 10. D. quod falso tut. auct. (27, 6): Si falso tutore (auctore) actum sit et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit, omnia in-

Erklärung derselben ist folgende: Nach der Litiscontestation mit dem Pupillen falso tutore auctore, ehe der Kläger seinen Irrthum entdeckt hat, ist die Zeit der Klage abgelaufen. Was der Kläger erhalten haben würde, wenn er mit dem Pupillen wirklich litem contestirt hätte, also vero tutore auctore, das muß ihm jetzt von dem falsus tutor werden, dies ist das incommodum, welches den falsus tutor trifft. So auch die Basiliken.[2]

Es ist dieselbe Person, welche in unserem geschriebenen Recht protutor und falsus tutor heißt. Jenes in Beziehung auf die Obligatio zu dem Mündel, dieses gegenüber anderen Personen, [die sich mit dem Pupillen eingelassen haben]. Nur kann jemand[3] als falsus tutor auctoritatem interponiren, der nicht zugleich pro tutore negotia gerirt.

Von der Haftung des Obervormunds.

§. 356. 357.

Nach römischem Recht ist die Hauptpflicht der Magistrate die Sorge für die Cautionsleistung. Darauf bezieht sich die actio subsidiaria gegen sie, wenn keine oder keine solventen Bürgen vorhanden sind. Sie können sich nur durch den Beweis befreien, daß entweder der Bürge damals idoneus, oder der Vormund wenigstens es war zu der Zeit, wo die Klage schon gegen ihn stattfand.

Nach heutigem Recht sind die Pflichten des Obervormunds viel mannigfaltiger, damit also auch die Möglichkeit einer Verletzung, und mithin auch der Haftung. Die Klage findet daher überhaupt wegen Vernachlässigung der obervormundschaftlichen Pflichten aus irgend einer Culpa statt. Doch ist sie noch immer

---

commoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset.

2) (Basil. libr. XXXVIII. tit. VI. cap. VIII. ed. Heimbach tom. 3. p. 734. A. d. H.)

3) (Parbs a. a. O. S. 87 emendirt: „Niemand". Der Werth dieser kühnen Kritik erhellt unter anderem daraus, daß der falsus tutor mulieris, der gewiß nicht leicht pro tutore negotia geriren wird, dennoch auctoritatem interponiren kann: Fr. Vat. §. 1. — Jener den Zuhörern des Verfassers, wie es scheint, unverständlich gebliebene Satz im Text will sagen: obgleich protutor und falsus tutor dieselbe Person ist, jenes als Gerent und Schuldner, dieses als Beistand des Mündels, so ist sie deshalb noch nicht nothwendig Beides zugleich, vielmehr kann ein Nichttutor gar wohl zu einem einzelnen Geschäft als falsus tutor auctoritatem interponiren, ohne darum pro tutore die Verwaltung zu übernehmen. A. d. H.)

subsidiär; sie setzt voraus, daß entweder 1) der Vormund überall nicht haftet, oder 2) daß, wo auch dieser haftet, weder von ihm, noch von den unmittelbar für ihn haftenden Personen der Pupill zu dem Seinigen gelangen kann.

Oeffentliches Amt.

§. 358.

Siehe das Lehrbuch.

Gegenseitige Obligationen.

Tauschvertrag.

§. 359.

Durch den Tauschvertrag versprechen sich beide Paciscenten, jeder einen Gegenstand, Sache oder Recht, in das Vermögen des Anderen zu bringen, so daß jede Leistung das Aequivalent für die andere sein soll.

Der eigentliche Tauschvertrag unterscheidet sich von dem Kauf seinem Inhalte nach darin, daß bei dem letzteren jede Leistung ihren besonderen Charakter, nämlich die eine die Bestimmung des Preises, die andere die der Waare hat, während beim Tauschvertrage beide gleichen Charakter haben; jede Leistung ist Preis der anderen.

Dazu kommt im römischen Recht der formelle Unterschied, daß der Kauf ein Consensualcontract ist mit gegenseitiger Obligatio, der Tausch zunächst nur ein klagloses pactum, welches erst durch res, durch Leistung von einer Seite klagbar wird, also ein (unbenannter) Realcontract, woraus eine einseitige Obligatio entsteht.

Diese letztere formelle Verschiedenheit ist im heutigen Recht durch die Klagbarkeit der Pacta weggefallen. Es entsteht also aus dem Tauschvertrage eine gegenseitige Obligatio so gut wie aus dem Kaufcontract. Dagegen ist jene erste materielle Verschiedenheit geblieben. Dies gilt denn auch von den Folgen dieser Unterschiede.

Folgen:

1) der materiellen Verschiedenheit des Tausches vom Kauf. Wie die Verbindlichkeit des Käufers auf das Geben des Preises

zu Eigenthum geht, so gilt das hier beim Tausch von beiden Seiten. [Beide Contrahenten müssen das Eigenthum der ausgetauschten Sachen übertragen.] Die Klage aus dem Tauschvertrage ist daher begründet so wie dies nicht geschehen, wenngleich der Besitz dem Empfänger noch nicht entzogen, also noch keine eigentliche Eviction eingetreten ist;

2) der formellen Verschiedenheit des Tausches vom Kauf. Die Obligatio wird nach römischem Recht begründet durch Uebertragung des Eigenthums von Seiten des einen Contrahenten und geht nach der Wahl des Leistenden entweder auf Gegenleistung, welche mit der actio praescriptis verbis, oder auf Zurückgabe, welche mit der condictio causa data causa non secuta gefordert werden kann. Das Periculum trifft daher den Geber nicht, wenn die Gegenleistung durch Zufall unmöglich wurde. Diese Verschiedenheit fällt nach heutigem Recht weg. Es entsteht aus dem Tauschvertrage nur eine Klage auf die Gegenleistung, das Periculum hat der Gläubiger wie beim Kauf.

Kaufcontract.

Schließung des Vertrags.

§. 360.

Kaufvertrag ist der Vertrag, wodurch der eine Contrahent (venditor, Verkäufer) eine Waare, der andere (emtor, Käufer) einen Preis dafür verspricht.

Der Kaufcontract fordert Uebereinkunft

1) über den verkauften Gegenstand, res, welche die Bedeutung einer Waare, merx, hat, d. h. Gegenstand eines Preises ist. Es ist keine emtio sine re möglich, doch eine emtio spei und rei speratae. Ueberhaupt kann eine künftige, erst hervorzubringende oder herbeizuschaffende Sache Gegenstand eines Kaufes sein. Die s. g. Lieferungsverträge sind nichts als Kaufcontracte. So auch die Verträge mit Handwerkern, wenn das Material von diesen geliefert wird. Auch Rechte können Gegenstand des Kaufes sein, z. B. Ususfructus, [auch die Ausübung eines Rechts, z. B. bei der Cession einer Forderung]. Die Intention muß aber sein, den Gegenstand in das Vermögen des Käufers zu bringen, daher ist es kein Kaufcontract, wenn es sich bloß um die Be-

nutzung einer Sache als persönliches Recht handelt, (dies ist ein Miethsvertrag), auch nicht bei einer Leistung, welche in einem bloßen Thun besteht. Eine Sache, welche sich im Eigenthum des Käufers schon befindet, kann hinsichtlich eines dem Verkäufer daran zustehenden Rechtes Gegenstand des Kaufes sein;

2) über den Preis, pretium. Diese Bestimmung hat die Leistung des Käufers. Dies wird nur angenommen beim baaren Gelde (nach der im justinianischen Recht recipirten und auch heute geltenden Ansicht, [während die Juristen vor Justinian[1] behaupteten, jede Sache könne als Preis behandelt werden]. Doch kann ein anderer Gegenstand damit verbunden werden. Diese andere Sache muß aber, wenn sie mit zum Preise gehören soll, den Charakter einer bloßen Ergänzung, Aufgabe, haben, so daß der Geldpreis die Hauptsache bleibt, (sonst ist es Tausch). Immer ist es als Kauf anzusehen, wenn der ganze Preis in Geld verabredet worden ist und nur Sachen nach einem Anschlage statt des Geldes angenommen werden sollen. Es ist dies eine freiwillige datio in solutum; daß sie gleich von vorn herein verabredet worden, macht nichts aus.

Das pretium muß dieses wirklich, es muß verum pretium sein. Es muß wirklich als Preis intendirt, daher darf es nicht allzu gering sein, sonst ist es eine Schenkung; ebenso wenig darf es simulirt und mit der Absicht beigefügt sein, es nicht einzufordern, sonst liegt gleichfalls eine Schenkung vor. Dagegen daß das pretium positiv dem Werth der Sache vollkommen angemessen, pretium iustum sei, ist nicht erforderlich. Nicht einmal angefochten kann der Kauf schlechthin darum werden, geschweige daß es ein Erforderniß der Art wie die Eigenschaft des verum wäre. Der Kauf ist aber auch erst geschlossen, wenn der Preis bestimmt ist, pretium certum, hierzu gehört eine bestimmte Summe, wenn sie auch noch unbekannt ist, z. B. pecunia in arca. Wenn der Preis auf das Arbitrium eines Dritten gestellt wird, so ist das pretium noch nicht certum. Hier entscheidet Justinian, daß der Kauf als unter einer Bedingung, geschlossen angesehen werden soll. [Bestimmt nun der Dritte den Preis, so ist der Kauf geschlossen, thut er es nicht, so ist gar kein Kauf vorhanden.]

---

1) (Nämlich die Sabinianer. Vgl. Gai. III. §. 141. A. d. H.)

Der Kauf ist perfect, wenn die Parteien über res und pretium in der angegebenen Art ihren Consens erklärt haben. Die Perfectionsfrage ist nicht bloß wegen der Entstehung der Obligatio überhaupt, sondern insbesondere auch wegen des Periculum wichtig. [Von der Zeit der Perfection des Kaufes an trifft das Periculum den Käufer, bis dahin aber den Verkäufer.] Einige Fälle zeichnen sich in dieser Hinsicht aus.

1) Die Perfection wird natürlich aufgeschoben durch eine Suspensivbedingung. Um so mehr, wenn der Kauf noch ganz von der Willkühr eines Theils abhängt; dahin gehört namentlich der Kauf auf Besicht (emtio ad gustum). Hier ist der Kauf erst perfect, wenn der Käufer die Sache besehen und gebilligt hat, was noch in seinem freien Belieben steht. Der Käufer ist nicht gebunden, wohl aber der Verkäufer, (es ist hier einstweilen ein pactum de vendendo geschlossen), doch hört, wenn ein Termin gesetzt ist und der Käufer denselben hat verstreichen lassen, ohne sich zu erklären, diese Verbindlichkeit des Verkäufers auf. Eine Resolutivbedingung schiebt die Perfection nicht auf.[2] Eine solche ist der Kauf auf Probe. Hier ist der Kauf jetzt schon geschlossen und die Sache wird tradirt, aber mit der Bedingung, daß der Käufer zurücktreten kann, wenn er die Sache nicht probat findet. Nicht zu verwechseln ist dieser Kauf mit dem Kauf nach Probe, d. h. einem solchen, welcher abgeschlossen wird in Gemäßheit einer vorgelegten Probe. Dieser schiebt die Perfection nicht auf und ist auch keine Resolutivbedingung.

2) Wenn Sachen verkauft werden, welche gemessen werden, z. B. Flüssigkeiten, Getreide, Früchte, Felder u. dgl., so ist ein doppelter Fall möglich:

a) es wird bloß ein gewisses Maaß eines Ganzen gekauft, so daß also der Gegenstand erst durch die Messung ausgeschieden und bestimmt werden soll. Hier tritt die Perfection erst mit der Zumessung ein, weil vorher der Gegenstand nicht bestimmt gegeben ist (und doch nicht ein künftiger, sondern ein gegenwärtiger Gegenstand verkauft ist und dieser erst durch das Messen bestimmt wird). Wie muß nun die Zumessung geschehen? Gewiß kann sie mit dieser Wirkung nicht von dem Verkäufer allein ohne Wissen

---

2) (So im Heft. Parbs a. a. O. S. 88.: „Eine Resolutivbedingung schließt die Perfection nicht aus". Ein Bedürfniß dieser Aenderung ist nicht abzusehen. A. d. H.)

des Käufers geschehen. Regelmäßig muß sie daher in Gegenwart des Käufers oder seines Bevollmächtigten erfolgen, doch genügt es, wenn diesen die vorzunehmende Messung gemeldet wird, ihr Ausbleiben hindert dieselbe nicht. Ferner kann der abwesende Käufer dem Verkäufer die alleinige Zumessung überlassen und dies ist zu vermuthen bei einer Bestellung, schlechtweg eine gewisse Quantität einer Waare zu senden, nur ist anzunehmen, daß hier der Verkäufer sofort die geschehene Ausscheidung melde, und auch den Beweis derselben führen muß. Es wäre nicht gerecht, dem Käufer das Periculum einer Waare zuzusprechen, deren Leistung ihm auf der anderen Seite nicht garantirt ist, (eine Zumessung, von welcher der Käufer nichts wüßte, könnte der Verkäufer in jedem Augenblick zurücknehmen). Gleichgültig ist es hier, ob der Preis für das Ganze oder nach dem Maaß ausgedrückt ist. — Von diesem Fall ist der Lieferungsvertrag zu unterscheiden; bei diesem ist der Kauf schon jetzt perfect, aber von einem Periculum des Käufers kann nicht die Rede sein, weil die künftig zu liefernde Sache Gegenstand des Kaufes, vor der Lieferung also noch kein bestimmtes Individuum vorhanden ist.

b) es wird ein Ganzes verkauft, z. B. dieses Faß Wein oder Kaffee, diese Ladung Holz oder Getreide. Hier ist der Gegenstand schon bestimmt, wenn auch vielleicht ein bestimmtes Maaß angegeben ist, welches darin enthalten sein soll. In diesem Falle macht die Art der Preisbestimmung einen Unterschied:

α) es ist der Preis nach dem Maaß bestimmt (z. B. der Eimer für 30 Thaler), emtio ad mensuram. Hier tritt die Perfection erst mit der Messung ein. Die Größe des Maaßes bestimmt die Größe des Preises, und zwar, zur Zeit der Messung, also vorher ist der Preis noch nicht gewiß;

β) der Preis ist überhaupt für das Ganze bestimmt, emtio ad corpus, per aversionem, Kauf in Bausch und Bogen. Hier tritt sofortige Perfection ein. Die Zusicherung eines bestimmten Maaßes verpflichtet nur den Verkäufer, dieses Maaß auch wirklich zu prästiren; wenn sich umgekehrt mehr finden sollte, so vermehrt dies den Preis nicht.

Eine Verpflichtung zur Abschließung eines Kaufes kann begründet sein durch ein pactum de vendendo und durch ein pactum de emendo. Insbesondere kann dies mit Beziehung auf einen früheren Kaufcontract vorkommen, es kann eine Ver-

bindlichkeit zum Wiederverkauf und zum Wiederkauf eingegangen werden, pactum de retrovendendo und de retroemendo.

Das pactum de retrovendendo verpflichtet den jetzigen Käufer, die Sache künftig zurückzuverkaufen, wenn der jetzige Verkäufer es will. Dieser ist also der Berechtigte. Der jetzige Kauf ist mit allen Wirkungen perfect. Auch ist das Pactum keine Resolutivbedingung, es entsteht daraus nur eine Forderung auf Abschließung des neuen Kaufvertrages, (diese würde z. B. im Falle der Käufer die Sache veräußert hätte, auf das Interesse gehen). Ist der Preis für den Wiederkauf nicht bestimmt, so ist es der Preis bei dem ersten Verkauf, der Käufer kann aber seine Verwendungen ersetzt verlangen, wenn die Sache dadurch höher im Werthe ist; eine sonstige Preisänderung hat keinen Einfluß. Nur wenn der Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend darauf gestellt ist, wird der Preis durch Aestimation zu bestimmen sein. An sich und im Zweifel ist dies aber nicht anzunehmen. Ueber die Verjährung der Klage aus dem pactum de retrovendendo giebt es sehr verschiedene Meinungen, namentlich über den Fall, wenn jederzeitiger Wiederkauf vorbehalten worden ist. Manche Juristen wollen hier die Verjährung der Klage ganz ausschließen. Dies ist ebenso ungegründet, als wenn man behauptete, ein Versprechen pünktlich auf jederzeitige Mahnung zu zahlen schließe die Verjährung aus. Anders ist es dagegen, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit, z. B. 50 Jahren, dem Verkäufer das Recht gegeben ist; hier hat er die Forderung für jeden Abschnitt dieses Zeitraums, also auch für die 20 Jahre nach Ablauf der ersten 30 Jahre, und die Klage wegen dieser ist nicht vor Ablauf der 50 Jahre verjährt.

Durch das pactum de retroemendo verpflichtet der Verkäufer sich zum Wiederkauf, dies hat dieselbe Wirkung, nur daß hier der Käufer der Berechtigte ist. Der Preis ist auch hier im Zweifel derselbe; der Verkäufer kann auch nicht genöthigt werden, mehr zu geben wegen Verwendungen, ebenso wenig ist er aber auch verbunden, eine verschlechterte Sache zu nehmen. Eine sonstige Preisänderung hat auch hier keinen Einfluß.

Eine Verpflichtung zum Abschluß eines Kaufcontracts mit besonderen Modificationen ist das Vorkaufsrecht, ius protimiseos. Es setzt voraus, daß der Eigenthümer verkaufen will, und daß der Berechtigte dieselben Bedingungen zu erfüllen bereit ist, wie

ein anderer sich meldender Käufer. Dieses Vorkaufsrecht ist auch nach römischem Recht nur eine Forderung, ein persönliches Recht, mag es durch Vertrag oder durch Rechtsvorschrift entstanden sein. Es ist kein dingliches Recht; [wenn also der Verpflichtete seine Verpflichtung verletzt hat, so hat der Berechtigte nur eine Klage auf das Interesse]. Dadurch unterscheidet es sich von dem deutschrechtlichen Institut des Retracts.

Actiones emti et venditi.

§. 361.

Siehe das Lehrbuch.

Evictionsleistung.

§. 362.

Der Verkäufer ist nicht schlechthin verpflichtet zur Eigenthumsübertragung, sondern zur Tradition und zur Gewährleistung, daß dem Käufer die Sache verbleiben werde, er muß das habere licere prästiren, und dies ist Verbindlichkeit zur Evictionsleistung, zur auctoritas.

Die Evictionsleistung ist eine Pflicht, welche der Verkäufer schon vermöge des Kaufcontracts hat. Sie kann aber auch zum Gegenstande einer besonderen Verabredung gemacht werden.

Die Forderung auf Evictionsleistung wird begründet durch Eviction, d. h. durch gänzliche oder theilweise Abstreitung der verkauften Sache auf dem Rechtsweg, wegen eines schon zur Zeit des Kaufes bestehenden Rechts eines Dritten. Gleichgültig ist dabei, ob der Käufer als Beklagter oder Kläger die Sache verliert, ferner ob die Sache selbst oder die Aestimation. Eine theilweise Eviction ist nicht bloß vorhanden, wenn eine Quote des Gegenstandes evincirt wird, sondern auch bei der Vindication von Servituten, (deren Existenz nicht zu vermuthen oder deren Abwesenheit vom Verkäufer versprochen worden war).

Durch jene Bestimmung des Begriffs der Eviction sind gewisse Fälle ausgeschieden, wegen deren kein solcher Anspruch stattfindet, siehe das Lehrbuch. Vor Allem muß es die verkaufte Sache selbst sein, welche (ganz oder theilweise) evincirt worden ist. Dies ist nicht der Fall, wenn Bestandtheile eines Ganzen evincirt werden, z. B. Früchte, welche nach dem Verkauf separirt

worden sind, (anders ist es, wenn der Usufructus, welcher allerdings ein Element des Eigenthums ist, evincirt wird), ebenso wenn einzelne Materialien des Hauses oder Schiffes evincirt werden. Es kann ein Anspruch deshalb stattfinden, aber nicht der wegen Evictionsleistung. Ebenso ist es, wenn ein Vermögensinbegriff, z. B. eine Erbschaft verkauft worden ist; hier findet Evictionsleistung nur statt, wenn sie selbst ganz oder zu einem Quotentheil evincirt wird, nicht dagegen wenn einzelne Sachen als nicht erbschaftliche sich herausstellen, [obwohl auch hier ein Anspruch begründet sein kann]. Universitates rerum wollen Manche wie die oben erwähnten Fälle beurtheilen, Andere dagegen wollen den Evictionsanspruch hier zulassen, weil hier die Universitas selbst gar nicht ohne Theile existiren könne. Diese Controverse ist so zu entscheiden. [Man kann weder schlechthin das Eine noch das Andere sagen, die Entscheidung ist vielmehr auf den Grundsatz zurückzuführen, daß die Vindication einer Universitas im Ganzen noch immer stattfindet, auch wenn einzelne Stücke derselben dem Kläger nicht gehören, wenn nur die Zahl der fremden Stücke nicht die Hälfte aller erreicht], der Verkäufer einer Bibliothek, einer Heerde u. s. w. muß dem Käufer die Vindication der Universitas, als des Gegenstandes des Verkaufs, gewähren. Sind nun so viele Stücke von der Universitas fremde, daß die Vindication der Heerde für den Käufer unmöglich sein würde (siehe §. 169 Note 1 des Lehrbuchs), so ist allerdings der verkaufte Gegenstand evincirt; ist dagegen der größte Theil der Stücke nicht evincibel, so ist jenes nicht der Fall, und der Verkäufer haftet nicht evictionis nomine, sondern nur wegen Mangels des Umfanges, welchen die Sache haben sollte, (gerade so, wie wenn er ein Grundstück von 20 Morgen verkauft hat, und es finden sich nur 18; entgegengesetzt dem Fall, wenn von dem verkauften Grundstücke, welches wirklich 20 beträgt, 2 evincirt werden).

Der Anspruch wegen Eviction setzt aber voraus, daß dem Auctor, gegen welchen man ihn erheben will, Lis denuncirt, er von dem Evictionsversuch, wodurch dem Käufer die Sache abgestritten werden soll, benachrichtigt worden ist, vorausgesetzt, daß dies nicht durch seine Abwesenheit unmöglich war; und zwar muß die litis denunciatio jedem geschehen, der als Auctor in Anspruch genommen werden soll, also allen Erben des Verkäufers,

wenn derselbe mehrere hinterlassen hat. Das geschriebene Recht setzt dies als conditio sine qua non für den Evictionsanspruch des Käufers fest. Gewöhnlich wird behauptet, daß den Berechtigten die Unterlassung der litis denunciatio nicht um den Anspruch bringe, wenn er nachweisen könne, daß der Proceß auch mit Hülfe des Auctors verloren gegangen wäre. Diese Ansicht hat allerdings die Billigkeit für sich, und sie ist in der Praxis angenommen worden. Auf das geschriebene Recht kann sie nicht gegründet werden. Die in der Note p des Lehrbuchs angeführte Stelle[1] behandelt einen eigenthümlichen Fall, von dem kein Schluß auf andere zulässig ist. Die Führung des Noxalprocesses kann die besondere nachtheilige Folge haben, daß eine viel höhere litis aestimatio bezahlt werden muß, als die Sache werth ist, wenn nämlich durch späteren Untergang der Sache die noxae datio verloren geht. Hier hat der Käufer sogar im wahren Interesse des Verkäufers gehandelt, wenn er es im Fall der Evidenz nicht auf die Condemnation ankommen ließ.

Die Contractsklage, welche der Käufer hat, actio emti, geht wegen Eviction auf das Interesse. Dieses ist nicht nach dem Kaufpreise, sondern nach dem Werth der Sache zur Zeit der Eviction zu berechnen, mag dieser höher oder geringer sein, als der Kaufpreis. Da die Forderung auf das Interesse geht, so wird der Verkäufer nicht schlechterdings durch Anbietung derselben Sache befreit, da jenes möglicherweise höher sein kann. — Die Contractsklage setzt sogar nicht immer die wirkliche Eviction voraus; der Käufer kann dieselbe schon gegen den Verkäufer anstellen: 1) wenn er einen dolus des letzteren nachweisen kann, 2) wenn er das Recht des Evincenten nachher noch besonders erworben hat, (siehe Glück an dem Note f citirten Orte des Lehrbuchs).

Außer der Contractsklage kann noch die Stipulationsklage begründet sein, wenn ein besonderer Vertrag darüber geschlossen worden ist. Namentlich durch Festsetzung einer Conventionalstrafe, um dem Beweis des Interesse zu entgehen. Bei den Römern wurde in dieser Beziehung gewöhnlich das Doppelte des

---

1) L. 11. §. 12. D. de A. E. V. (19,1): Idem (Neratius) lib. II. Responsorum ait, emtorem noxali iudicio condemnatum ex emto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit: idemque putat, et si ex stipulatu aget et sive defendat noxali iudicio, sive non, quia manifestum fuit, noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu, vel ex emto agere posse.

Preises versprochen, stipulatio duplae. Nach römischem Recht soll der Käufer diese sogar fordern können bei bedeutenden Verkäufen, welche darum duplariae venditiones im Gegensatz der simplariae heißen. Ja manche römische Juristen behaupten sogar, daß auch ohne Stipulation schon mit der Contractsklage in einem solchen Falle die dupla eingeklagt werden könne, siehe Note e des Lehrbuchs[2]. Heutzutage wird dies nicht mehr als eine Pflicht des Verkäufers betrachtet, doch ist natürlich die Verabredung einer Conventionalstrafe möglich. Die Fälligkeit einer solchen Conventionalstrafe setzt aber stets die wirkliche Eviction voraus, denn die Bedingung der Strafe ist wörtlich zu verstehen. Nach römischem Recht war dieser Grundsatz auch eine Folge der stricten Natur der Stipulation, aber auch nach heutigem Recht bleibt der Grund, daß die Begründung einer Strafe nicht lar interpretirt werden darf.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung kann aus gewissen Gründen wegfallen. Siehe das Lehrbuch §. 362 am Ende.

Zu Note s des Lehrbuchs: Das pactum de non praestanda evictione befreit vor Allem nicht, wenn der Verkäufer in dolo war. Diesen Fall abgerechnet, befreit es allerdings von der Evictionsverbindlichkeit. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob der Verkäufer den Kaufpreis behält. Dies ist der Fall, wenn die Sache zugleich als eine der Eviction unterworfene veräußert, also als eine unsichere verkauft worden ist. Außerdem behält der Verkäufer den Kaufpreis nicht, sondern muß ihn zurückgeben. Dies wird auch als die Meinung Julians von Ulpian in der Stelle der Note s[3] des Lehrbuchs gegeben. Man hat geglaubt, Ulpian verwerfe diese Meinung hinterher.[4] Dies ist ein Mißverständniß.

---

2) Ulpian und Paulus: L. 2. 37. pr §. 1. D. de evictionibus (21, 2), L. 31. §. 20. D. de aedil. ed. (21, 1). Anders Javolenus: L. 60. D. de evict. (21, 2).

3) L. 11. §. 18. D. de A. E. V. (19, 1): — — Sed Iulianus libro quinto decimo Digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi, ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris intersit; verum tamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret.

4) Eod.: — — — Sed in omnibus supra scriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex empto eum teneri, quia dolo fecit.

Die Worte am Ende: secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam gehen nicht auf jene Ansicht Julians, welche in §. 18 der Stelle erwähnt wird, sondern auf eine früher erwähnte andere Ansicht dieses Juristen in §. 15 derselben Stelle.[5]

Nicht bloß der Verkäufer, sondern auch der Käufer ist zur Evictionsleistung verpflichtet, dieser wegen des Kaufpreises. Ueberhaupt aber ist diese Verbindlichkeit nichts dem Kauf eigenthümliches, sie findet auch bei anderen Verträgen statt, die entweder auf Eigenthumsübertragung, oder überhaupt darauf gehen, daß ein Gegenstand in das Vermögen des Gläubigers gebracht werde; namentlich also bei allen Tauschverträgen im weiteren Sinne des Wortes. Es ist bestritten, ob sie auch stattfinde

1) beim Vergleich. Hinsichtlich der streitigen Sache selbst findet keine Evictionsverbindlichkeit statt, denn der Empfänger hat seiner eigenen Behauptung nach die Sache nicht erst durch den anderen Transigenten erhalten, dieser hat nur auf seine Ansprüche verzichtet; er kann also denselben nicht als seinen Auctor behandeln. Der andere hat allerdings eine Leistung erhalten, aber nur dafür, daß er auf seine allenfallsigen Ansprüche verzichtet hat.[6] Wohl aber findet Evictionsleistung Statt hinsichtlich der zur Abfindung gegebenen Sache;

2) bei der Schenkung, hier ist die Frage noch bestrittener. Manche Juristen verneinen unbedingt die Anwendbarkeit der Evictionsleistung, z. B. Thibaut.[7] Andere behaupten sie allgemein, wenn nur ein verpflichtender Vertrag vorausging, die Schenkung also zunächst durch ein Versprechen geschehen ist; so die Glosse. Andere behaupten, man müsse unterscheiden, namentlich bei einem Versprechen sei das Versprechen auf ein Genus und das auf eine Species zu unterscheiden; sei ein Genus versprochen worden, dann sei der Schenker zur Evictionsleistung verpflichtet, sonst nicht; so Koch und Schweppe.[8] Es muß allerdings behauptet werden, daß die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung der Natur der Schenkung widerspricht, daß sie einen onerosen Vertrag voraussetzt.

---

5) L. 11. §. 15. D. eod.: — — qui autem alienum sciens vendidit, dolo (inquit) non caret et ideo empti iudicio tenebitur.

6) (Der Zusatz bei Parbs a. a. O. S. 88: „Er ist nicht Auctor, also auch nicht der Verbindlichkeit zur Evictionsleistung unterworfen" ist reine Recapitulation. A. d. H.)

7) Civilistische Abhandlungen. (1814) Nr. 4. S. 48 ff.

8) Vgl. die Note b des Lehrbuchs citirten Stellen.

Dies ist auch den Aussprüchen des geschriebenen Rechts allein gemäß.[9] Paulus l. c. verwirft sogar ein besonderes Evictionsversprechen, welches freilich die L. 2. C. cit. zuläßt. Die erste Meinung ist daher als die richtige zu betrachten, aber dies schließt nicht aus, daß der Schenker unter Umständen dem Beschenkten haftet, (nur kann diese Haftung nicht als Evictionsleistung qualificirt, und nicht nach diesen Grundsätzen beurtheilt werden). 1) Ist der Schenker in dolo, so haftet er auf Schadensersatz, wenn den Beschenkten außer dem Verlust der Sache noch ein anderer Nachtheil betroffen hat [z. B. Proceßkosten]; 2) hat er versprochen, für das habere licere haften zu wollen, so kann im Fall der Eviction der Werth der Sache von ihm gefordert werden, (nicht etwa auch das Interesse); 3) hatte er ein Genus versprochen und eine fremde Sache gegeben, so hat er seine Verbindlichkeit aus dem Schenkungsvertrage nicht erfüllt; er kann nicht auf das Interesse, (wie bei der Evictionsleistung), aber auf Leistung einer Sache belangt werden, wie wenn nichts geschehen wäre.

Gewähr der Mängel der Sache.

§. 363.

Wenn sich Mängel an der gekauften Sache finden, welche der Käufer nicht gekannt hat, so kann er deshalb unter Umständen die actio emti haben, auf Rescission des Vertrages oder Leistung des Interesse: 1) wegen Dolus des Verkäufers, hier kann auch auf Rescission geklagt werden; 2) wegen eines Versprechens gewisser Eigenschaften von Seiten des Verkäufers, welche nachher fehlen; hier geht die Klage auf das Interesse, nicht auf Rescission. Ein stillschweigendes Versprechen gewisser Eigenschaften liegt in dem Verkauf nach Probe (nach einer gegebenen Probe); hier kann auf Lieferung einer der Probe entsprechenden Sache geklagt werden, resp. auf Ersatz des Nachtheils durch Nichtlieferung. Es kommt auch gar nicht darauf an, ob die Sache eine absolut mangelhafte

---

9) Paul.R.S.lib.V.tit.11.§.5: Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur, quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione repellitur. L. 2. C. de evict. (8, 45): Quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri, certum est.

ist, genug, daß sie nicht die Eigenschaften hat, welche der Käufer dort (beim Dolus) vorausgesetzt hat, und welche hier versprochen worden sind.

Wenn keiner dieser beiden Gründe eintritt, so findet an sich, aus dem bloßen Kaufvertrage, kein Anspruch statt. Aber das ädilicische Edict hat die Verbindlichkeiten des Verkäufers erweitert. Es hat eine Gewähr für Mängel eingeführt, die weder dolose verschwiegen worden sind, noch deren Abwesenheit versprochen wurde, und ferner kann danach wegen fehlender versprochener Eigenschaften auch wie bei den absoluten Mängeln eine Klage auf Aufhebung des Vertrags angestellt werden.

Die Aedilen sprechen zunächst von dem Kauf von Sklaven und Hausthieren. Aber die Sätze des Edicts gelten auch von anderen Sachen, sowohl von beweglichen als unbeweglichen, ferner nicht bloß von dem Kauf, sondern bei allen Veräußerungen gegen eine entsprechende Gegenleistung, (also nicht bei Verpachtungen, denn diese enthalten keine Veräußerung, nicht bei Schenkungen, denn hier fehlt das Aequivalent).

Der Verkäufer ist durch das ädilicische Edict verpflichtet, die Mängel der Sache, welche auf den Preis Einfluß haben, dem Käufer anzuzeigen, gleichviel ob er sie selbst gekannt hat oder nicht. Vorausgesetzt wird, daß sie schon zur Zeit des Contracts vorhanden waren.

Befreit wird er von dieser Haftung 1) durch Anzeige, 2) durch Offenbarkeit der Mängel, (was ein offenbarer Fehler sei, ist nöthigenfalls durch Sachverständige zu entscheiden), 3) durch zufällige Kenntniß des Käufers, 4) durch Vertrag, wodurch der Käufer auf diese Haftung verzichtet, nur wird der Verkäufer nicht befreit hinsichtlich der von ihm gekannten und verschwiegenen Mängel, denn hier ist er in dolo.

Die ädilicischen Klagen setzen Mängel der verkauften Sache selbst voraus; sie finden daher nicht Statt, wenn diese Mängel einzelne Stücke eines verkauften Vermögensinbegriffs (z. B. einer Erbschaft) betreffen. Ferner setzen sie solche Mängel voraus, welche den Gebrauch der Sache aufheben oder mindern, ganz unbedeutende sind ausgeschlossen.

Es sind vier Classen von Mängeln zu unterscheiden, wegen deren die Klagen stattfinden:

1) Mangel der vernünftiger Weise vorausgesetzten Eigenschaften, z. B. Gesundheit des Thieres, Freiheit der Sache von außerordentlichen Lasten;

2) Mangel der Eigenschaften, deren Existenz der Verkäufer versprochen hat, (nur muß es ein bestimmtes Versprechen, nicht ein unbestimmtes Loben sein);

3) Unterlassung der Cautionen, zu denen der Verkäufer verpflichtet ist; so haben namentlich die Aedilen den Verkäufer verpflichtet zur Caution wegen Eviction; diese Verbindlichkeit fällt im heutigen Recht weg.

4) Mangel der ornamenta, welche an der Sache beim Verkauf gewesen sind, und nach der Tradition fehlen. Einige Juristen, namentlich Mühlenbruch, haben dies von einem Ausputz der Sache, um ihr ein besseres Ansehen zu gewähren, verstehen wollen, und behaupten, die Verbindlichkeit des Verkäufers gehe auf Gewährung der Güte der Sache, welche durch die Ornamenta vorgespiegelt worden sei. Wäre dies richtig, so würde dieser Fall unter No. 2 gehören. Daß aber unter Ornamenta dies nicht verstanden wird, geht daraus hervor, daß die Restitution der Ornamenta gewährt werden muß, (damit wäre dem Käufer in jenem Falle nicht gedient). Also ist die gewöhnliche Erklärung die allein zulässige. Es handelt sich um Ausschmückungen, welche an der Sache beim Verkaufe waren, (allerdings vielleicht auch um ihr Ansehen zu verbessern), die als Accessionen stillschweigend mitverkauft worden sind, (anders, wenn sie nur zufällig, nicht zum Behufe des Verkaufes an der Sache sich befanden), und welche der Verkäufer nachher von der Sache getrennt hat.

Der Käufer hat die Wahl zwischen zwei Klagen:

1) Actio redhibitoria (Wandelungsklage) auf Zurücknahme der Sache und Restitution des Preises. Wenn von mehreren zusammengehörenden Sachen eine fehlerhaft ist (z. B. in einem Gespann von Pferden), so geht die Klage auf Redhibition aller. In duplum wird der Verkäufer condemnirt, wenn er die Sache zurücknimmt, aber die Restitution des Preises verweigert. Dies setzt jedoch immer die Begründung der actio redhibitoria voraus; zu unterscheiden ist davon die actio in factum (vgl. Note h des Lehrbuchs).

Bei unbedeutenden Käufen findet keine Redhibition Statt.[1] Es ist zweifelhaft, ob nur die Redhibition hier ausgeschlossen ist, oder ob überhaupt das ädilicische Edict sich nicht darauf erstreckt. Das Letztere ist das wahrscheinlichere.

2) Actio quanti minoris (scil.: res, cum veniret, fuerit), actio aestimatoria, auf Minderung des Preises. Diese Klage kann denselben Erfolg haben, wie die actio redhibitoria, wenn nämlich die Sache durch den Fehler ganz werthlos wird.

Die älteren Praktiker wollten einen Unterschied machen zwischen Haupt- und Nebenmängeln, nur wegen jener könne man redhibitorisch klagen; wegen dieser dagegen müsse man die ästimatorische Klage anstellen. Dies ist entschieden unrichtig vom Standpunkte des römischen Rechts aus, aber auch in der That höchst unzweckmäßig, da einmal nicht abzusehen ist, warum dem Käufer nicht die Wahl gelassen werden soll, und dann die Unterscheidung selbst nicht mit Sicherheit durchzuführen sein wird, (man könnte z. B. Hauptmängel diejenigen nennen, welche den Gebrauch aufheben, Nebenmängel diejenigen, welche ihn mindern — aber dann brauchte man nur die actio aestimatoria).

Diese Ansprüche können auch als Einreden vorgebracht werden, exceptio redhibitoria, exceptio quanti minoris. Als solche finden sie so lange Anwendung, als der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, ohne Verjährung. Dagegen sind die Klagen einer kurzen Verjährung unterworfen: die aestimatoria dauert ein Jahr, die redhibitoria sechs Monate, die Klage wegen mangelnder Ornamente zwei Monate. Natürlich ist die Frist ein tempus utile. Die Verjährung beginnt mit dem Abschluß des Contracts; nur wenn es sich um einen sehr verborgenen Fehler handelt, soll die Verjährung erst von der Zeit des Wissens an gerechnet werden.

Wegen verschiedener Fehler derselben Sache finden selbstständige Klagen statt, welche einander nicht ausschließen. Wegen desselben Fehlers kann dagegen nicht mehrmals geklagt werden, die angestellte redhibitoria schließt die aestimatoria aus und umgekehrt. Nur wenn die redhibitoria bloß wegen Verjährung abgewiesen worden ist, soll der aestimatoria die exceptio rei iudicatae nicht entgegenstehen.

---

1) L. 48. §. 8. de A. E. V. (19, 1.): Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est.

Rescission des Kaufvertrags.

§. 364.

Dolus der einen Partei ist ein Grund der Rescission des Vertrags mit der actio emti oder venditi, [jenachdem der Käufer oder Verkäufer auf Rescission anträgt]. (Aus dem in der Note b des Lehrbuchs a. E. erwähnten Beispiele haben Manche mit Unrecht den Satz ableiten wollen, ein Kaufcontract zwischen Arzt und Patienten sei schlechtweg ungültig).

Der Dolus ist nicht schon durch die Größe oder Kleinheit des Preises erwiesen. Die Natur des Vertrags fordert, daß die Angemessenheit des Preises kein Erforderniß desselben sei, ein solches würde den Handelsverkehr zerstören, (die Angemessenheit wird sich in dem Ganzen des Verkehrs herausstellen, nicht bei jedem einzelnen Geschäft).

In einem Falle tritt aber allerdings die Unverhältnißmäßigkeit des Preises an die Stelle des Dolus. Der Verkäufer kann den Vertrag anfechten, wenn der Preis nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache erreicht. Hier geht die actio venditi auf Rescission des Vertrages, wofern der Käufer nicht zulegen will, was an dem wahren Werth fehlt. Diesen Rechtssatz nennt man die Anfechtung des Kaufvertrages wegen Verletzung über die Hälfte, laesio ultra dimidium, enormis. Dieselbe begründet aber eine persönliche Klage, keine Aufhebung ipso iure.

Erfordernisse der Klage sind:

1) der Verkäufer als der Verletzte muß den wahren Werth der Sache zur Zeit des Contracts beweisen;

2) der Kaufpreis muß auf Verabredung beruhen, er muß ein pretium conventionale sein, (nicht ein durch Anordnung des Testators festgesetzter);

3) es muß ein reiner Kauf, der Vertrag darf also nicht mit dem animus donandi geschlossen sein. Die Anfechtung fällt weg bei Verzicht, bei gewagten Geschäften, nach der Meinung vieler Juristen auch bei Subhastationen, weil man annehmen müsse, die Concurrenz der Käufer gebe den wirklichen Preis, hier könne also der Kauf nur wegen Dolus angefochten werden. Indeß ist dies eine keineswegs allgemein anzunehmende Regel. Dagegen ist aber auch die entgegengesetzte Meinung unrichtig: daß man die Subhastation schlechthin

anfechten könne, wenn der wahre Werth durch gerichtliche Taxe constatirt sei. Vielmehr ist zu behaupten: um die praesumtio facti, die allerdings aus der Concurrenz entsteht, zu beseitigen, wird nicht bloß durch eine gewöhnliche Taxe der höhere Werth zu erweisen sein, sondern zugleich durch Nachweisung von Umständen, welche den Versteigerungspreis in dem vorliegenden Fall herabgedrückt haben, [ohne daß ein Dolus vorliegt].

Endlich ist noch die Streitfrage entstanden: ob von dieser Rescission bei einer verkauften Erbschaft Anwendung zu machen sei. Sehr viele Juristen halten hier die laesio enormis für unanwendbar. Die Frage ist aber vielmehr so zu entscheiden: so weit eine Erbschaft als ein Gegenstand von unsicherem Betrage anzusehen ist, kann nicht von einer laesio enormis die Rede sein, [der Erbschaftskauf ist dann ein gewagtes Geschäft und bei einem solchen findet die laesio enormis keine Anwendung]. Diesen Charakter eines gewagten Geschäfts erhält der Erbschaftskauf nicht bloß durch etwaige Unsicherheit der Außenstände, sondern auch durch die Ungewißheit der Passiva, welche der Käufer übernimmt. Aber es ist möglich, daß eine solche Ungewißheit nicht existirte, oder nicht in diesem Umfange auf die Bestimmung des Preises influirte; dann wäre kein Hinderniß der Anwendung jenes Rechtssatzes vorhanden.

Diese Anfechtung wegen laesio enormis ist begründet durch zwei Rescripte Diocletian's.[1] Diese Gesetze sprechen

1) zunächst von Grundstücken; hier ist nun kein Zweifel, daß der Rechtssatz auch bei anderen (beweglichen) Gegenständen zur Anwendung kommt. Die L. 2. C. cit. selbst beginnt mit den Worten: Rem maioris pretii etc.;

2) sie geben aber auch nur dem Verkäufer das Recht der Anfechtung. Die herrschende Meinung ist, daß auch der Käufer dieses Recht habe. Es entstand nun aber die Frage: wann ist der Käufer ultra dimidium verletzt? Nach der im Mittelalter herrschenden Ansicht [der Glosse] soll dies dann der Fall sein, wenn er den wahren Preis und noch über die Hälfte desselben gegeben hat. Diese Meinung ist offenbar unrichtig, sie steht auch nicht in Einklang mit der Entscheidung beim Verkäufer. Nach der jetzt herrschenden Meinung ist der Käufer ultra dimidium

1) L. 2. C. de rescind. vend. (4, 44.), L 8. C. eod.

lädirt, wenn der von ihm gegebene Preis über das alterum tantum des Werths hinausgeht. Dies ist der gesetzlichen Bestimmung analog, (der Verkäufer hat über noch einmal so wohlfeil verkauft, der Käufer über noch einmal so theuer gekauft).

Aber diese Ausdehnung der Rescission auf den Käufer selbst ist nicht zu rechtfertigen. Das römische Recht will den Verkäufer, der aus Geldnoth seine Sache um jeden Preis losschlägt, gegen den Käufer, der von dieser Extremität Gebrauch macht, in Schutz nehmen. Diese ratio legis würde beim Käufer nur dann eintreten, wenn er in einem solchen Nothfall sich befände. Dies wird nicht leicht der Fall sein, nur allenfalls bei Geräthen 2c., durch welche einer plötzlichen Noth entgangen werden soll, („ein Königreich für ein Pferd"). Der Käufer ist schon durch die ädilicischen Klagen geschützt, wenn die Sache wegen Mängel weniger werth ist, oder durch die Rescission wegen dolus. Außer diesen Fällen steht ihm der Satz entgegen: stultis non succurritur.

3) Die Stellen sprechen nur vom Kauf. Die Ausdehnung auf andere Tauschverträge ist aus demselben Grunde wie unter 2) zu mißbilligen; die ratio legis tritt nur bei Veräußerungen gegen einen Geldpreis ein. Diejenigen, welche die Ausdehnung auf den Käufer gut heißen, können freilich auch diese ohne Inconsequenz nicht verwerfen.[2]

Locatio et conductio.

Schließung des Vertrags.

§. 365.

Siehe den Begriff des Vertrags im Lehrbuch.

In dem Preise liegt die Aehnlichkeit dieses Vertrags mit dem Kauf. Der Preis muß dieselben Eigenschaften wie bei diesem haben. Daher wird ein Gegenstand vorausgesetzt, der eines Preises fähig ist. So bei Diensten; Dienste, welche eine

---

2) (Neuerdings hat Chambon die Ausdehnung auf den Käufer und andere Tauschgeschäfte wieder in Schutz genommen. Die Stellen des geschriebenen Rechts, auf welche er sich beruft, gehören aber nicht hierher (siehe die Zusätze zu Note d, e des Lehrbuchs), und wie es mit dem legislativen Werthe beider Ausdehnungen bestellt ist, beweist die Divergenz der neueren Civilgesetzbücher. Die Praxis freilich ist für die Extension: Seuffert, Archiv Bd. I. S. 45—47. 201. Bd. II. S. 275. 292. 356. Bd. III. S. 160. 161. 315—317. Bd. IV. S. 28. A. d. H.)

Herabwürdigung erfahren würden, wenn sie als Gegenstand des Marktpreises behandelt würden, können kein Gegenstand der locatio conductio sein, daher nicht Dienste, welche in der Ausübung einer Wissenschaft oder eigentlichen Kunst bestehen. Aus diesem Grunde werden eben Dienste anderer Art als operae locari solitae bezeichnet.

Der Unterschied vom Kaufe liegt darin, daß der Gegenstand, für welchen der Preis gegeben wird, nicht in das Vermögen des anderen Theils gebracht werden soll; nur der Gebrauch wird gegeben, entweder einer Sache oder eines Rechts, locatio conductio rerum, oder von Kräften, locatio conductio operarum. Bei Diensten ist ein doppelter Fall möglich: 1) eigentliche locatio conductio operarum, wobei nur die Dienste Gegenstand sind; der Dienstleistende ist hier der locator operarum, derjenige, welcher den Preis giebt, conductor operarum; 2) locatio conductio operis, redemtio operis, hier heißt der Dienstleistende conductor operis, redemtor operis, der andere locator operis. Der Unterschied liegt darin, daß der erste Vertrag bloß eine Verpflichtung zu Diensten enthält, [ohne Rücksicht auf das, was dadurch hervorgebracht werden soll], der zweite eine Verpflichtung zur Hervorbringung eines gewissen Resultats dadurch (opus), z.B. Contract mit einem Maurer oder Zimmermann. Der Vertrag des Meisters mit den Gesellen wird stets eine locatio conductio operarum sein, (ausgenommen, wenn der Lohn des Gesellen für eine bestimmte Arbeit festgesetzt ist, wo dann der Meister mehr den Charakter eines Fabrikherrn hat), der Vertrag des Bestellers mit dem Meister regelmäßig eine locatio conductio operis. Eine solche locatio conductio operis kann sehr nahe an einen Kaufcontract gränzen, da ja auch eine künftige, erst zu verfertigende Sache der Gegenstand desselben sein kann. Das Princip ist: wo der Verfertiger Eigenthümer ist bis zur Tradition, da ist ein Kauf geschlossen; wo der Besteller schon durch die Verfertigung Eigenthümer ist, eine locatio conductio operis. Das Letztere ist der Fall, wenn der Besteller Eigenthümer des Materials ist, wenigstens dessen, welches das Eigenthum des übrigen nach sich zieht, z. B. beim Bauen eines Hauses, Eigenthümer des Grund und Bodens.

Der Vertrag schließt vermöge dieses Unterschiedes vom Kauf keine Veräußerung in sich. Wenn indessen ungeachtet einer dabei vorkommenden Veräußerung doch eine locatio conductio beab-

sichtigt ist, so wird außerdem der Vertrag als solche beurtheilt,[1] der Intention der Parteien gemäß. Man nennt diese Fälle locatio conductio irregularis. In der Eigenthumsübertragung liegt dann zugleich der Uebergang des Periculums. Die verschiedenen Fälle der locatio conductio irregularis sind folgende:

1) Der conductor rei übernimmt das Periculum dergestalt, daß es von der Möglichkeit der Restitution der Sache abhängt, ob Miethe oder Kauf sein soll. Hier ist gar keine locatio conductio irregularis, sondern reine locatio conductio, wenn die Bedingung eintritt, wenn nicht, gar keine locatio conductio, sondern Kauf.

2) Ein Schiffer kann die Fracht von Getreide mehrerer Personen so übernehmen, daß dasselbe zusammengeschüttet wird.[2] Hier ist ein doppelter Fall möglich, das Geschäft kann sein:

a) locatio conductio irregularis, wenn auf den Schiffer das Eigenthum und das Periculum übergeht, (einige römische Juristen nahmen hier eine besondere Klage an, oneris aversi actio, was jedoch von den übrigen verworfen wurde);

b) locatio conductio regularis, wenn das Periculum auf den Schiffer nicht übergeht; nur wird in Beziehung auf die Restitution verabredet, daß diese in simili re geleistet werden kann.

3) Wenn dem conductor operis das Material zu eigen gegeben wird, damit er aus diesem oder gleichem das Opus verfertige, so wird auch dies als locatio conductio irregularis behandelt, also unterschieden von dem Fall, wo es gar nicht von dem Besteller ausgeht, was Kauf ist, siehe oben.

4) Einem Pächter können Sachen, welche zur Bewirthschaftung gehören, zu Eigenthum gegeben werden, mit der Verbindlichkeit, am Ende der Pachtung den dafür angesetzten Preis zu geben, instrumentum aestimatum, oder auch so, daß er andere Sachen gleicher Qualität restituire, Eisern Vieh. Diesen Vertrag pflegt man gewöhnlich contractus socidae zu nennen. Einige wenden den Ausdruck auf die locatio conductio partiaria an, [wobei der Pächter einen quoten Theil der Früchte an den Verpächter giebt].[3]

---

1) (Mündliche Erläuterung bei Parbs a. a. O. S. 89: „so wird, abgesehen von der Veräußerung, der Vertrag als locatio conductio beurtheilt.“ A. d. H.)

2) Vgl. L. 31. D. loc. cond. (19,2).

3) (Eisern Vieh kann als Inventar eines Pachtguts und selbstständig vorkommen. In beiden Fällen gilt die Regel „eisern Vieh stirbt nicht“ d. h. der

Actiones locati et conducti.

§. 366. 367.

Der Locator einer Sache hat das frui licere zu prästiren und ist daher im Fall einer Eviction der Sache zum Interesse verpflichtet. Er wird indessen von dieser Verpflichtung befreit, wenn er eine gleich gute Sache anbietet. Evinciren kann der Eigenthümer, welcher nicht Locator oder dessen Universalsuccessor ist, gleichviel ob sein Eigenthum sich vor oder nach dem Miethvertrag datirt, (Kauf bricht Miethe).

Der Locator ist zu den nothwendigen Reparaturen verpflichtet, denn dies gehört auch zum frui licere, der Conductor kann sie ersetzt verlangen, wenn er sie selbst vorgenommen hat, überhaupt die impensae necessariae und utiles, letztere soweit sie in den Kreis seiner Benutzung fallen, nur insofern ist er dazu berechtigt. Praenumeration des Miethpreises ist nicht erforderlich, wenn sie aber auch verabredet ist, so braucht sie doch nie zu geschehen, bevor dem Conductor der Gebrauch eingeräumt worden ist. Der Conductor wird natürlich von dieser Verbindlichkeit, den Miethpreis zu zahlen, nicht dadurch frei, daß er keinen Gebrauch von der Sache macht, wo dies nicht an dem Locator oder an der Sache selbst liegt; vermiethet indessen der Locator die Sache an einen Anderen, so kann er den Miethpreis nicht auch von dem ersten fordern.

Ein besonderes Recht ist dem Pächter eines praedium rusticum auf Remission des Pachtzinses wegen gänzlicher oder theilweiser Ausschließung des Fruchtbezugs gegeben. Der zu Grunde liegende Gedanke ist: wenn der Verpächter den entsprechenden Theil der Früchte selbst zu ziehen gehabt hätte, so würde ihn dieser Zufall auch betroffen haben. Dies soll durch den Geldanschlag nicht geändert werden. Aber nur solche Unglücksfälle können Remission herbeiführen, welche den Fruchtbezug

---

Pachter ist zur Rückgewähr in gleicher Zahl und Güte (oder zur Geldentschädigung) verbunden. Besonders im letzteren Fall war die Pacht gegen eine Fruchtquote üblich. Vgl. L. 9. (8) C. de pact. (2,3): — — pascenda pecora partiaria, id est ut foetus eorum portionibus, quibus placuit inter dominum et pastorem dividantur — — Glossar. man. ad scriptores med. lat. v. Socida: „Italis soccitá quasi societas accommandita di bestiame, che si da alla custodia altrui a mezzo pro e danno." Arndts, Lehrb. der Pandecten §. 312. Anm. 2. S. 478 f. Daher das Schwanken des Sprachgebrauches. A. d. H.)

hindern oder schmälern, keineswegs solche, welche die gezogenen Früchte treffen, z. B. Abbrennen der Scheuern. Manche Juristen haben aus vermeinter Billigkeit der Perception hier einen besonderen Sinn geben wollen, indem sie dieselbe bis zum Ausdreschen des Getreides, ja manche sogar bis zur Möglichkeit des Verkaufs ausdehnen wollten. Alles dies ist ohne Grund. Der Schaden muß an den noch nicht eingebrachten Früchten geschehen sein; ferner darf er nicht durch Nachlässigkeit des Pächters veranlaßt sein. Sodann wird bei der Remission ein einigermaaßen bedeutender Abgang vorausgesetzt, (die Anwendung der laesio enormis ist unpassend). Endlich muß der Zufall ein außerordentlicher sein, z. B. Hagelschlag, Dürre, Nässe, Krieg ꝛc. Daher fällt die Remission weg, wenn der Zufall ein überhaupt oder wenigstens für dieses Grundstück gewöhnlicher war, z. B. Ueberschwemmung, weil dieser schon bei der Bestimmung des Pachtzinses in Anschlag kommt, also von dem Pächter übernommen ist.

Den Betrag der Remission bestimmt der Richter nach billigem Ermessen, und zwar nach dem Verhältniß der gezogenen Früchte zu denen, auf welche der Pächter außerdem rechnen konnte. Bei mehrjähriger Pachtzeit ist das Unglücksjahr mit Jahren außerordentlicher Fruchtbarkeit in Compensation zu bringen, was auch nach geschehener Remission nachgeholt werden kann.

Bei der locatio conductio operis verpflichtet sich der Locator zur Zahlung des Preises, der Conductor zur Hervorbringung des Opus, mag dies nun eine eigentliche Production oder eine Ortsveränderung ꝛc. sein.

Welchen Einfluß hat der Umstand, ob der Zweck wirklich erreicht ist oder nicht, auf die Verbindlichkeit der Parteien? Wer trägt das Periculum? Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

1) Das Opus ist nicht zu Stande gekommen a) durch Schuld des Redemtor; hier ist dieser zum Interesse verpflichtet und bekommt den Preis nicht; b) vermöge der Anordnungen des Locators; hier hat dieser keinen Anspruch, dagegen kann der Redemtor den Preis verlangen in dem Verhältniß seiner Thätigkeit zu der, welche das wirkliche Zustandekommen erfordert hätte; c) durch Zufall; hier hat der Redemtor nicht das Interesse zu prästiren, bekommt aber auch nicht den Preis.

2) Das Opus ist zu Stande gekommen, aber vor der Uebernahme und Approbation durch den Locator untergegangen a) ver-

möge seiner schlechten Beschaffenheit; hier hat der Redemtor das Interesse zu prästiren und bekommt nicht den Preis; b) wegen der Vorschriften des Locators; hier fällt die Interesseforderung weg und der Redemtor bekommt den vollen Preis; c) durch einen unwiderstehlichen Zufall; auch hier kann der Redemtor den Preis fordern, nur muß er beweisen, daß das Opus hätte übernommen werden müssen.[1]

3) Das Opus ist zu Stande gekommen und übernommen worden, und nachher zu Grunde gegangen. Hier trifft der Zufall rein den Locator. Dieser kann sich nach der Uebernahme nicht mehr auf die schlechte Beschaffenheit des Opus berufen, nur den Fall ausgenommen, wo der Redemtor ihn durch Dolus zur Uebernahme vermochte.

Diesem letzteren Fall (No. 3.) steht gleich, wenn die Uebernahme zwar noch nicht geschehen, aber der Locator in Mora damit war. Hier muß aber der Redemtor beweisen, daß das Opus von der Beschaffenheit war, daß es approbirt werden mußte, denn dies ist eine Voraussetzung der Mora.

Von der lex Rhodia de iactu.

§. 368.

Das Seerecht der Insel Rhodus ist zum Theil in das römische Recht übergegangen; in dieser Gestalt nannten es die Römer lex Rhodia. Ein Kapitel derselben de iactu, vom Schiffswurf, schließt eine Modification der Klage aus der locatio conductio zwischen dem Schiffer und den Frachtgebern ein.

Wenn zur Abwendung einer Gefahr ein Schiffswurf von den dazu befugten Personen nöthig befunden wird und geschehen

1) (Siehe die Stellen Note r des Lehrbuchs. In der L. 36. D. locati conducti (19,2.): Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est. — Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est — hat man unter conductoris periculum bloß Culpa, und nur unter locatoris periculum auch Casus verstehen wollen, so v. Buchholtz, Zeitschrift für Civilr. und Proceß N. F. Bd. VIII. (1851) Nr. 1. S. 4 f. Dies wäre ein nicht zu rechtfertigender Doppelsinn. Vielmehr bezeichnet periculum durchgängig den casuellen Untergang, dieser trifft aber den Locator nur, wenn das Opus erst nach der Beendigung unterging. Dafür spricht L. 37. D. h. t., welche hinzufügt, das Opus müsse so beschaffen sein, daß die Approbation nicht verweigert werden dürfe, mithin die Vollendung voraussetzt. Nicht entgegen ist L. 62. D. h. t., welche nur den Fall unter 2) a ausschließt. Vgl. Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung. 1853. S. 372 f. A. d. H.)

ist, so sollen nicht die Eigenthümer der dazu gewählten Sachen allein den Schaden tragen, sondern auch die Eigenthümer der geretteten dazu contribuiren. Es soll also dasselbe Resultat hervorgebracht werden, als wenn der Jactus von allen Sachen pro rata ihres Werths geschehen wäre. Dies hat folgende Voraussetzungen:

1) Die Anordnung des Wurfs muß durch die dazu befugten Personen geschehen sein, der Unberufene verpflichtet nur sich.

2) Der Wurf muß den Verlust oder die Beschädigung der geworfenen Sachen zur Folge haben.

3) Die dadurch geretteten Sachen müssen bei der Ankunft des Schiffs noch existiren, (dürfen also nicht nachher noch untergegangen sein).

4) Contribuabel sind die Sachen, (auch das Schiff), nicht die geretteten Personen.

5) Der Werth der geworfenen Sachen wird berechnet nach ihrem Einkaufspreis, (nicht nach ihrem wahrscheinlichen Verkaufspreis), der der geretteten nach dem Verkaufswerth am Ort der Ankunft.

6) Die Repartition geschieht unter alle Sachen, auch die geworfenen mit eingerechnet, nach Verhältniß ihres Werths, (nicht ihres Volumens oder Gewichts).

Verpflichtet zu der Contribution sind die Eigenthümer der geretteten Sachen, auch der Schiffseigenthümer. Das Recht wird geltend gemacht durch den Schiffer (magister navis), als Zusatz zu den Forderungen aus dem Contract, in dem er mit jenen Personen steht. Der Schiffer ist hinwieder aus diesem Contract den Eigenthümern der geworfenen Sachen verpflichtet 1) auf seinen eigenen Beitrag schlechthin, 2) auf Retention der fremden Sachen bis die Eigenthümer ihre Pflicht erfüllt haben; versäumt er dies, so haftet er direct, 3) wo die Retention nicht möglich ist, z. B. bei Geld, Pretiosen, welche die Reisenden bei sich tragen, haftet er nur auf Cession seiner Klagen gegen sie.

Ganz unzweckmäßig haben die Neueren eine besondere condictio ex lege Rhodia angenommen, (siehe Note e des Lehrbuchs).

Gegen die weitere Anwendung siehe das Lehrbuch a. E. (Auch bei Wassersgefahr sind nicht alle Grundeigenthümer desselben Niveaus gleich bedroht.)

Endigung der locatio conductio.

§. 369.

Siehe das Lehrbuch. Zu den einzelnen Endigungsarten ist noch folgendes zu bemerken.

Ad 2). Die stillschweigende Relocation setzt zweierlei voraus: 1) Ablauf der Locatio durch einen Endtermin, sei dieser von Anfang an gesetzt oder durch Aufkündigung: bei unbestimmter Dauer kann von keiner Relocation die Rede sein, 2) stillschweigende Einwilligung beider Parteien; daher ist sie nicht möglich, wenn eine der Parteien handlungsunfähig ist, (wofern nicht der Vormund stillschweigend einwilligt). Die Dauer der Relocation ist unbestimmt, sie dauert so lange als der Consens dauert. Dieser Grundsatz gilt namentlich auch bei Wohnungen, wenn nicht durch besondere Verabredung vorgesehen ist, daß bei einer etwaigen Relocation ein bestimmter Termin angenommen werden soll. Dies ist die natürlichste und einfachste Erklärung der Worte der L. 13. §. 11. D. locati conducti[1]: nisi in scriptis etc. Mit Unrecht haben es Viele so verstanden, als wenn der Termin der ersten Vermiethung sich auf die Relocation erstrecke. Dagegen findet allerdings eine Ausnahme bei Feldgrundstücken Statt, bei diesen dauert die Relocation immer ein Jahr. Manche Neuere haben geglaubt, wegen der Dreifelderwirthschaft drei Jahre annehmen zu müssen, weil erst hierdurch die volle Benutzung vollendet sei. Dies ist ungegründet, diese Wirthschaft war auch den Römern schon bekannt. Das Princip ist: es soll die kürzeste Zeit angenommen werden, die überhaupt bei einer Pachtung denkbar ist, und dies ist bei einem Feldgrundstück ein Jahr; mögen sich dann beide Parteien vorsehen.

Ad 3) b. Es war sonst eine beliebte Streitfrage, ob die Furcht vor Gespenstern einen Grund abgebe, weshalb der Conductor den Miethvertrag einseitig aufheben könne. Früher wurde die Frage schlechthin bejaht, nachher seit Thomasius schlechthin verneint, dort weil es Gespenster gebe, hier weil es keine gebe — obwohl man in der That nie aufgehört hat, sich vor Gespenstern

---

1) L. 13. §. 11. D. loc. cond. (19,2.): — — In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.

zu fürchten, so war man doch nicht so ehrlich, es einzugestehen.[2] Vor allem ist die Frage, ob es Gespenster giebt, gar nicht die entscheidende. Es könnte welche geben, und die Furcht doch nur ein leere sein, und es könnte keine geben, und die Furcht eine wohlgegründete sein. Es wird alles darauf ankommen, ob eine Gefahr vorhanden ist, die dieses auch für einen Verständigen sein kann. Wenn thatsächliche Störungen und Beunruhigungen existiren, deren Ursache nicht zu ergründen, welche aber von der Beschaffenheit sind, daß entweder der Miether für die Gesundheit der Seinigen fürchtet, oder auch ein Verdacht hinsichtlich der Sicherheit der Wohnung entsteht, so wird dies wohl einen Grund der Aufhebung abgeben können.

Societas.

§. 370—372.

Der Zweck der Societät ist eine das Vermögen betreffende Gemeinschaft. Der Umfang kann verschieden sein; am umfassendsten ist die Societät, wenn sie das ganze gegenwärtige und künftige Vermögen der Socii zum Gegenstand hat, am geringsten, wenn nur eine Sache oder die gemeinsame Unternehmung eines einzelnen Geschäfts der Gegenstand ist.

Die Societas kann nicht donationis causa geschlossen werden. Jeder Socius muß zu dem Zweck der Societät beitragen, aber der Beitrag muß nicht nothwendig in Sachen oder Rechten, er kann auch in Kräften bestehen. Daher ist nicht bloß die s. g. societas leonina keine, sondern auch eine solche, wo jeder Antheil am Gewinn, aber nur einer den etwaigen Schaden hat, (so daß dem Anderen auch seine Arbeit, wenn darin sein Beitrag besteht, vergütet wird). Auch eine theilweise Schenkung ist nicht zuläßig; daher ist es keine Societät, wenn mit dem animus donandi die Antheile so festgesetzt werden, daß sie den Beiträgen nicht entsprechen. Die relative Gleichheit der Antheile und der Beiträge ist also allerdings wesentlich, so daß eine absichtliche Abweichung nicht zuläßig ist. Aber dessenungeachtet läßt sich diese Verhältnißmäßigkeit nicht als rechtlicher Maaßstab, der ipso iure anzuwenden wäre, festsetzen, wegen der Möglichkeit incommensurabler Beiträge. Nur durch Uebereinkunft der Parteien über den Anschlag solcher

2) (Randbemerkung des Verfassers: „Gespenster sind zu fürchten, nicht weil es welche giebt, sondern gerade umgekehrt weil es keine giebt." A. d. H.)

Beiträge, nicht durch das richterliche Urtheil kann das Ziel erreicht werden. Ohne Uebereinkunft müssen aequae partes, absolut gleiche Theile angenommen werden, das Gegentheil würde sich theils nicht durchführen lassen, theils gerade eine Ungleichheit herbeiführen, da der Richter den Werth aller Beiträge nicht schätzen kann. Dem steht auch nicht L. 6. D. pro socio [1] entgegen, welche jenes Princip der relativen Gleichheit ausspricht, aber eben nur für die vertragsmäßige oder auf Vertrag zurückzuführende Bestimmung. Die verhältnißmäßig gleichen Theile werden darin non aequae genannt. Daraus geht hervor, daß aequae in den anderen Stellen absolut gleiche, gleiche Kopftheile bedeuten.

Die Verbindlichkeit aus der Societät geht 1) auf die Beiträge; 2) auf die Realisirung der dadurch herbeizuführenden Gemeinschaft, entweder des Miteigenthums an den Sachen, oder wo es sich um Rechte handelt, die nicht gemeinschaftlich sein können, auf factische Behandlung derselben wie gemeinschaftliche, namentlich in Beziehung auf die dadurch gewährten Vortheile, oder endlich auf Schließung von Geschäften für gemeinsame Rechnung, wenn Geschäfte der nächste Gegenstand der Societät sind; 3) auf gemeinschaftliches Tragen der Verluste.

Die Ansprüche eines Socius datiren sich erst von der Zeit, wo er seiner Beitragspflicht genügt hat. Der Augenblick, wo der Beitrag für den Zweck der Societät wirklich erfolgt ist, bestimmt sich verschieden nach diesem Zweck; ist der Zweck Gemeinschaft von Sachen, so ist es der Moment, wo der Beitrag gemeinsames Gut geworden, oder das geschehen ist, was die wirkliche Gemeinschaft vertritt; ist der Zweck ein Geschäft, so ist es der Moment, wo das Geschäft begonnen wird. Darauf beruht die Entscheidung einiger Stellen des geschriebenen Rechts.[2] Es wird eine Societät ge-

---

1) L. 6. D. pro soc. (17, 2.): Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit.

2) L. 58. pr. D. pro soc. (17, 2.): — Cum tres equos haberes, et ego unum, societatem coivimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

schlossen, wonach der Eine zu einem Viergespann drei Pferde, der Andere ein Pferd beiträgt; das Pferd des letzteren ist umgekommen, hat dieser nun an den drei übrigen Pferden einen Anspruch zu einem Viertel? Der Jurist entscheidet so: war der Zweck der Societät der Verkauf des Postzugs, so hat der Zweite keinen Antheil an den übrigen drei Pferden, denn jener Zweck ist noch nicht erreicht. Anders wenn der Zweck die Gemeinschaft des Viergespanns war, mit dem dann z. B. Frachtfuhrwerk betrieben werden sollte.

Das Verhältniß der Socii ist ein obligatorisches, es wirkt daher nur unter ihnen, die in dieser Obligatio stehen, nicht gegen und für Andere. Wenn ein Socius ein verpflichtendes Geschäft schließt, auch ein solches, wegen dessen er eine Theilnahme an der Zahlung von seinen Socii verlangen kann, so giebt dies dem Gläubiger keinen unmittelbaren Anspruch gegen diese, (wenn nicht jener als ihr Procurator gehandelt hat, oder ohne dies das Gesellschaftsgut durch den Contract vermehrt worden ist; hier findet eine actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae statt). Wenn die Socii zusammen contrahiren, so sind sie nur dann nach ihrem Gesellschaftstheil verpflichtet, wenn sie ausdrücklich als Socii contrahirt haben, außerdem zu gleichen Theilen, (unter sich stets nach dem Gesellschaftstheil). Die actio exercitoria und institoria geht gegen jeden Socius in solidum, nicht bloß nach dem Gesellschaftstheil.

Siehe wegen des Uebrigen das Lehrbuch.

Gemeinschaft.

§. 373.

Bei der Gesellschaft ist die Gemeinschaft der Zweck der Obligatio, sie kann aber auch die Quelle einer Obligatio sein.

Diese Obligatio, welche aus der Gemeinschaft entspringt, setzt also die Existenz einer communio voraus, Miteigenthum, Mitususfructus, Mitemphyteusis, Mitsuperficies, Miterbrecht, also eine Gemeinschaft von Rechten, welche mehreren pro indiviso zustehen können. Dies ist nicht möglich bei Obligationen, nomina ipso iure divisa sunt, nicht beim Usus, Pfandrecht, weil diese Mehreren nur solidarisch zustehen können.

Gleichgültig ist die Entstehung der Gemeinschaft, die Thatsache der Communio, des Miteigenthums rc., nicht die Art, wie

es entstanden ist, erzeugt die Obligatio. Die Gemeinschaft kann die Folge eines Societätsvertrags sein. Hier kommt dann zur obligatio ex societate mit der actio pro socio noch die obligatio ex communione mit der Theilungsklage. Beide Obligationen haben einen ganz verschiedenen Gegenstand, jene die Gemeinschaft, diese die Aufhebung der Gemeinschaft. Beide sind durchaus unabhängig von einander: 1) ist eine Societät möglich ohne eine wirkliche Communio, aus der jene Obligatio entspringt, z. B. bei einer Societät über Sachen, die aber der Verabredung nach in dem besonderen Eigenthum eines jeden oder eines einzigen der Socii bleiben, und nur im Resultat für Gewinn und Verlust als gemeinschaftlich behandelt werden sollen; 2) eine Communio ohne Societät, wenn das Miteigenthum 2c. auf andere Art entstanden ist, z. B. bei einer Schenkung, einem Vermächtniß an zwei Personen; bei dem Miterbrecht ist dies stets der Fall (s. g. communio incidens).

Der Hauptgegenstand der Obligatio ist die Aufhebung der Gemeinschaft, Theilung, daher heißen die Klagen Theilungsklagen, iudicia divisoria. Sie gehen wie jede persönliche Klage auf Zahlung, also Aufhebung der Obligatio. Diese Theilung kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden, wohl aber ist möglich ein pactum ne intra certum tempus divisio fiat, welches auch die Nachfolger bindet. Diese Ungültigkeit der Ausschließung der Theilung braucht nicht aus einem besonderen Haß gegen die Communio als mater rixarum erklärt zu werden. Bei jeder Obligatio würde die Verabredung, der Schuldner solle nie zahlen, widersinnig sein, während ein Termin ne intra certum tempus petatur möglich ist. Daher giebt es keine Verjährung der Klage in dieser Beziehung, so lange die Communio dauert.

Durch die Theilung endigt sich die Communio hinsichtlich des getheilten Gegenstandes, mag es eine natürliche Theilung sein, oder eine Theilung dem Werth nach. Die letztere kann nicht bloß durch Uebereinkunft geschehen, sondern auch durch den Richter auf erhobene Theilungsklage.

Aber nur eine richtige Theilung ist eine beständige, welche diesen Effect hat. Außerdem kann immer noch die actio communi dividundo angestellt werden. Die Richtigkeit kann 1) eine formelle sein, durch rechtskräftige Adjudication auf erhobene Klage; eine solche kann nur mit dem Urtheil selbst angefochten werden;

2) in jedem anderen Falle muß die Richtigkeit eine materielle sein, kann also durch die actio communi dividundo angefochten werden, (welche indessen in dieser Hinsicht wie eine andere Klage verjährt). Ganz falsch ist die Beschränkung [der Unrichtigkeit] auf laesio enormis, welche man aus L. 1. C. communia utriusque iudicii (3,38): Divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit hat herleiten wollen. Auch gerichtliche Theilungen sind von der Anfechtung nicht ausgeschlossen, wenn sie vermöge der iurisdictio voluntaria geschehen sind. In der Note f des Lehrbuchs abgedruckten Stelle[1] heißt sine iudicio ohne Klage und Urtheil.

Die Theilungsklage geht auch auf praestationes personales, [unter den Interessenten aus der Communio und hat hierin Aehnlichkeit mit der actio pro socio], siehe das Lehrbuch, z. B. Verwendungen, die ein Socius auf die gemeinschaftliche Sache communi nomine gemacht hat, kann er [bei der Theilung] ersetzt verlangen. Handelte er dagegen bloß für sich, so muß er den Schaden tragen. Konnte er seinen Theil besonders verwalten, so hat er nur die actio negotiorum gestorum, welche auch gegen ihn zusteht.

Die Theilungsklage ist bei der Gemeinschaft einzelner Rechte die actio communi dividundo, für die Gemeinschaft des Erbrechts die actio familiae erciscundae (§. 511). Der Grund der Klage ist die Obligatio, nicht das Miteigenthum rc. Wird dieses bestritten, so muß der Kläger mit der rei vindicatio oder hereditatis petitio auftreten. Nur in einem Fall, wenn der Kläger Besitzer ist, entscheidet der Richter auf die actio communi dividundo über das Miteigenthum, insofern der Kläger nicht auf die Vindication verwiesen werden kann.

Actio finium regundorum.

§. 374.

Für den Gränzstreit ist [schon in den zwölf Tafeln] eine besondere Klage auf Gränzregulirung gegeben, actio finium

1) L. 3. C. comm. utr. iud. (3, 38.): Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. In der Consultatio veteris Jurisconsulti cap. 2. (Corp. iur. anteiust. Bonn. fasc. 1. pag. 395) fehlen die Worte sine iudicio ganz. Manche haben die Stellen auf Anfechtung wegen Dolus beschränken wollen, allein die Worte perperam, inaequaliter, ex bono et aequo (§. 20. I. de act. (4, 6.) umfassen auch nicht dolose Verkürzungen. A. d. H.)

regundorum, Gränzscheidungsklage. Sie diente statt der Vindication, [obwohl sie eine persönliche Klage ist]. Die Rei Vindicatio reichte hier nicht aus, weil sie eine bestimmte Angabe der vindicirten Sache fordert, welche dem Kläger selbst oft nicht möglich sein wird. Um dem Bedürfniß zu entsprechen, und für alle Fälle den Gränzstreit zu erledigen, ist eine Klage gegeben worden, welche die Natur einer Theilungsklage hat, aber da sie zugleich die Vindication ersetzen soll, diesem Bedürfniß gemäß modificirt ist. Die Voraussetzungen der Klage sind folgende:

1) Die Grundstücke, um deren respective Gränzen es sich handelt, müssen im Eigenthum verschiedener Personen sein, ausgenommen insofern auch ein zu einem ius in re Berechtigter (Usufructuar, Emphyteuta) dazu berechtigt sein kann. Der Kläger darf auch nicht Miteigenthümer des anderen Grundstücks sein.

2) Wenigstens eines, wenn nicht beide, muß ein praedium rusticum sein. Wegen der Gränzen zwischen Gebäuden findet nur die rei vindicatio Statt. Es ist kein Bedürfniß, hier eine andere Klage zu geben, da man hier dem Kläger zumuthen kann, die Gränze bestimmt anzugeben, (es wird sich immer um ein an sich abgegränztes Stück — eine Zwischenmauer handeln).

3) Ungewißheit der Gränzen, [oft falsch verstanden als] Verdunkelung, Verwirrung der Gränzen. Diese ist vorhanden, wenn die Gränzen bestritten sind, (die Ungewißheit hat also hier keine andere Bedeutung als sonst). Viele Juristen haben behauptet, die Parteien müßten selbst ungewiß sein, daher könne die Klage nicht angestellt werden, wenn eine Partei oder beide eine bestimmte Gränze behaupteten. Dies ist ein Irrthum, unsere Quellen enthalten entschieden das Gegentheil, die Klage vertritt die Vindication. Man ist zu jener Meinung durch den Charakter der actio finium regundorum als einer Theilungsklage verführt worden, aber sie ist dies nicht rein, sondern nur im letzten äußersten Erfolg. Damit hängt zusammen, daß man eine *zufällige* Verwirrung als Erforderniß genannt hat. Niemand kann es dem Kläger verwehren, sich der actio finium regundorum zu bedienen, wenn der Gegner selbst die Gränzen verrückt hat. Freilich wird er aber, wenn er es beweisen kann, sich auch anderer Klagen bedienen können, auch einer Delictsklage, [actio de termino moto].

Die Klage geht vor Allem auf Ermittelung der wahren Gränzen. Daraus ergiebt sich mit Entschiedenheit die Unrichtig-

keit der vorhin erwähnten Ansicht [von der Verdunkelung der Gränzen]. (Manche ältere Praktiker haben dies eingesehen und hier von einer actio finium regundorum qualificata [als Vindicatio] gesprochen; dies ist ein ganz unnützer Name).

Aber es tritt hier die Eigenthümlichkeit ein, daß sie ein iudicium duplex ist, beide Parteien sind Kläger und Beklagte. Nicht dem zufälligen Anbringer der Klage liegt der Beweis ob, so daß, wenn er nicht bewiese, zu Gunsten des Beklagten gesprochen werden müßte. Vielmehr hat jede Partei, wenn sie eine bestimmte Gränze behauptet, diese zu beweisen. Vermag sie es nicht, oder steht ein Beweis dem anderen entgegen, so soll allerdings nach canonischem Recht zu Gunsten des Besitzers gesprochen werden, wenn eine der Parteien Besitz bis zu einer gewissen Gränze beweisen kann. Entscheidet auch dies nicht, so soll nun das bestrittene Stück als res communis behandelt werden, der Richter soll es gleich unter die Parteien theilen.[2] Er hat die Befugniß, um sichere und bequeme Gränzen zu constituiren, [und so wieder neuen Gränzstreitigkeiten vorzubeugen], auch wohl mehr auf einen Theil zu legen gegen Geldentschädigung des anderen Theils. Durch diesen letzten Erfolg, der aber nur subsidiär eintritt, erhält die Klage den Charakter einer Theilungsklage.

Delictsobligationen.

§. 375—379.

Siehe das Lehrbuch.

Zu §. 375 Note e:[1] Der Grund der Meinung des Neratius war: an res hereditariae wird kein furtum begangen, weil daran eine lucrativa pro herede possessio möglich ist, also die actio furti durch den Willen pro herede zu besitzen, ausgeschlossen wird. — Paulus dagegen betrachtet die Erbschaftssachen als sine domino, dies paßt nicht zur Ausschließung der furti actio

2) (Der mündliche Zusatz bei Parbs a. a. O. S. 89.: „und nun tritt die Eigenschaft der Klage als Theilungsklage hervor" ist bloß Anticipation des Schlußsatzes. A. d. H.)

1) L. 6. D. expil. hered. (47, 19) (Neratius): Si rem hereditariam ignorans in ea causa esse subripuisti, furtum te facere respondit. Paulus: Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.

vor dem Besitzerwerb des Erben, während er vielleicht angetreten hat, also Eigenthümer schon ist.

Zu §. 375 Note f:[2] Warum werden diese Erwerbungen genannt? Weil sie nicht die Gegenwart der Sache fordern.

Actio Pauliana.

§. 380.

Gläubiger können durch Veräußerungen ihres Schuldners benachtheiligt werden, wenn dieser dadurch sein Vermögen, ihr Befriedigungsobject vermindert. Nach heutigem Recht setzt dies voraus, daß die Veräußerung vor Eröffnung des Concurses geschehen ist, denn durch diese verliert der Schuldner die Dispositionsbefugniß, jede Veräußerung ist nichtig. Nach römischem Recht war es anders, der Schuldner konnte vor und nach der Concurseröffnung gültig veräußern, ohne daß die Nichtigkeit der Veräußerung die Folge davon war.

Wenn die Veräußerung nicht nichtig ist, so kann sie angefochten und unschädlich gemacht werden, wenn sie in der rechtswidrigen Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, geschehen ist, in fraudem creditorum; das Rechtsmittel des römischen Rechts ist die actio Pauliana, interdictum fraudatorium.

Kläger sind die durch die Veräußerung benachtheiligten Gläubiger, wenn sie nicht eingewilligt haben. Die Klage setzt voraus, daß der Concurs eröffnet ist und sie in diesem ihre Befriedigung nicht vollständig erhalten haben. Sie müssen schon zur Zeit der Veräußerung Gläubiger gewesen sein. Ferner muß der Schuldner in fraudem eorum gehandelt, d. h. gewußt haben, daß er insolvent sein wird. Dies wird vermuthet, wenn nachher der Concurs eröffnet wird.

Der Beklagte ist vor Allem der Schuldner selbst, (der fraudator), wenn er wieder zu Vermögen kommt. Dies wird nicht der gewöhnliche Fall der Anwendung sein. Aber auch der Empfänger kann als fraudator belangt werden. Ist er in mala fide, so geht die Klage schlechthin auf Restitution der Sache oder

---

2) L. 71. D. de furtis (47,2). L. 47. eod.: Si dominium rei subreptae quacunque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario.

des veräußerten Rechts mit allen Früchten, welche zur Zeit der Veräußerung vorhanden waren und mit den Früchten seit der Litiscontestation, (nicht der Zwischenzeit); dagegen kann der Empfänger die Verwendungen in Abzug bringen. Ist der Empfänger in bona fide, (dies kann bei einer lucrativa causa der Fall sein, ohne von der Klage zu befreien), so haftet er nur in quantum locupletior est; mit dieser Beschränkung allein können auch die Erben des Beklagten belangt werden. Auch ein dritter Besitzer, welcher in mala fide ist, wird als (mittelbarer) Empfänger der Klage unterworfen. Hat der Beklagte die Sache wieder veräußert, so kann er auf das ganze erhaltene Pretium belangt werden; hat er eine Gegenleistung gegeben, so kann er diese nicht von dem Kläger, sondern nur von dem Schuldner ersetzt verlangen, ausgenommen wenn sie noch in specie vorhanden wäre, wo sie ihm natürlich herausgegeben werden muß.

Noch näher sind die Fälle der Veräußerung zu bestimmen, welche zum Theil bestritten sind:

1) Jede Minderung des Vermögens durch eine Handlung des Schuldners kann die Klage begründen: also nicht bloß totale, sondern auch partielle Eigenthumsveräußerung, Aufgeben eines ius in re, Entlassung eines Schuldners, Uebernahme einer Verbindlichkeit. Daher ist z. B. auch die Pfandbestellung an einen Gläubiger eine solche Veräußerung.

2) Nicht bloß Schenkung kann die Klage begründen, sondern auch onerose Veräußerung, wenn der Erfolg ein Nachtheil für die Gläubiger war, [z. B. wohlfeiler Verkauf].

3) Inwiefern kann die Klage durch eine Zahlung begründet werden? Diese Frage ist sehr bestritten; drei Fälle sind zu unterscheiden:

a) eine vorzeitige Zahlung begründet die Klage allerdings, insofern dadurch dem Gläubiger ein Vortheil zugewendet worden ist, auf welchen er keinen Anspruch hatte; hier wird auf das commodum temporis geklagt. Nach der Meinung vieler Juristen sollen die benachtheiligten Gläubiger sogar auf Restitution des Ganzen klagen können, ohne hinreichenden Grund, siehe Note b des Lehrbuchs;

b) durch die Zahlung einer fälligen Schuld vor Ausbruch des Concurses erhält der Gläubiger nur was ihm gebührt; er hat durchaus keinen widerrechtlichen Vortheil, auch wenn er die Umstände des Schuldners kannte, sibi vigilavit. Viele aber glauben,

wenn noch die Absicht des Schuldners hinzukäme, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen, (wenn der Schuldner per gratificationem einen Gläubiger vor den anderen befriedige), dann könne die Zahlung mit der actio Pauliana revocirt werden. Dies ist unrichtig; wenn die Handlung auf Seiten des Empfängers keine rechtswidrige ist, (und das giebt man auch zu), so kann sie nicht durch eine bloße rechtswidrige Gesinnung des Zahlenden es werden, da es ja keine Liberalität ist. Die Stellen, welche man für jene Ansicht angeführt hat (Note c des Lehrbuchs), behandeln einen ganz anderen Fall: wenn ein Unberechtigter gezahlt hat statt des Schuldners, und die Frage entsteht, ob seine Zahlung anerkannt werden muß (bei dem impubes heres, welcher nachher abstinirt), dann ist dagegen zu entscheiden, wenn dadurch ein Gläubiger vor dem anderen gratificirt werden soll. Für unseren Fall ist vielmehr gerade das Gegentheil darin enthalten. Nur dann läßt sich eine Ausnahme behaupten, wenn Schuldner und Gläubiger die Concurseröffnung betrüglich verzögert haben; dann ist es so anzusehen, wie wenn der Concurs schon vorher eröffnet gewesen wäre;

c) die gewöhnliche Meinung will wenigstens eine Zahlung durch datio in solutum der actio Pauliana unterwerfen. Es wäre aber nicht abzusehen, warum etwas anderes gelten soll, wenn der Schuldner Geld, etwas Anderes, wenn er eine andere Sache zur Bezahlung des Gläubigers verwendet hat. Die dafür angeführte Stelle[1] sagt nur, die datio in solutum sei nicht eine Liberalität, sondern als eine onerose Veräußerung zu behandeln. Unseren Fall entscheidet sie gar nicht.

4) Ausschlag eines Erwerbes (z. B. einer Erbschaft) ist keine Veräußerung. Die Ausnahme zu Gunsten des Fiscus ist nicht begründet. Die dafür angeführte Stelle[2] handelt bloß von einer Person, welche der Confiscationsstrafe wegen Verbrechens unterliegt.

Ebenso ungegründet ist die Ausnahme zu Gunsten des Fiscus von dem Erforderniß der mala fides bei onerosen Veräußerungen.

---

1) L. 15. (ult.) D. quib. ex caus. (42, 4): Is qui rem permutatam accepit, emptori similis est; item is qui rem in solutum accepit; vel qui lite aestimata retinuit, vel ex causa stipulationis, non ob liberalitatem est consecutus.

2) L. 45. pr. D. de iure fisci (49, 14): In fraudem fisci non solum per donationem sed quocunque modo res alienatae revocantur idemque iuris est et si non quaeratur: aeque enim in omnibus fraus punitur.

Die Stellen, auf welche man sich berufen hat, enthalten dies gar nicht, zum Theil sprechen sie nur von der Confiscation,[3] zum Theil zwar von dem Fiscus als Gläubiger, doch darf man nicht vergessen, daß der Fiscus ein gesetzliches Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners hat, welches natürlich durch Veräußerung nicht gehindert wird. [Es ist also nicht von der actio Pauliana, sondern von der hypothecaria die Rede.][4]

§. 381—385.

Siehe das Lehrbuch.

Handlung gegen Verbot.

§. 386.

Es giebt drei Arten der Gewalt (vis), aus welchen Delictsklagen entspringen: körperliche Gewalt, Drohung, Handlung gegen Verbot. Auf den letzten Fall bezieht sich das interdictum quod vi aut clam.

Das Verbot einer Handlung wird durch dieses Interdict ein Mittel, sich gegen den Nachtheil zu sichern, welcher aus fremden Handlungen und Vorrichtungen entstehen kann.

Voraussetzungen der Klage sind:

1) Opus in solo factum, d. h. eine Aenderung, die an einem Grundstück vorgenommen worden, sei es an dem Areal, z. B. durch Errichtung eines Dammes, Ziehung eines Grabens, oder an einer res soli, z. B. an Bäumen, durch Werfen von Unrath in einen Brunnen. Gleichgültig ist es, ob das solum privatum oder publicum ist.

2) Ein Verbot von Seiten des Klägers, (die Klage findet nicht statt, wenn dem Handelnden die Handlung von einem Anderen verboten worden war; es muß vi factum sein ab ad-

---

3) Vgl. L. 45. pr. D. cit. de iure fisci (49, 14).

4) Vgl. L. 18. §. 10. D. eodem: Papinianus — scribit, item demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam: sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit cum consumeret: et postea quidem principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo Digestorum scribit.

versario). Das Verbot kann aber natürlich auch von einem Repräsentanten geschehen sein. Das Verbot kann ferner wörtlich, oder ein thätliches (z. B. ein thätliches Abhalten), oder ein symbolisches sein, (wenn in der Volkssitte eine gewisse Handlung als symbolisches Verbot gilt, so z. B. bei den Römern ein Steinwurf auf das Opus, lapilli iactus). Diesem Verbote könnte aber der Handelnde durch Verheimlichung entgehen, daher ist dieser dieselbe Wirkung beigelegt; nicht bloß das vi factum, sondern auch das clam factum begründet das Interdict, aber es muß auch hier clam ab adversario factum sein. Es ist übrigens genug, daß er ohne summa ignorantia die Wahrscheinlichkeit eines Einspruchs voraussetzen mußte. Unter solchen Umständen wird er mit der Entschuldigung des Nichtwissens nicht gehört. Zum clam facere ist, das Bewußtsein vorausgesetzt, hinreichend, daß er den Gegner nicht benachrichtigt hat, ohne es sonst zu verheimlichen.

3) Eine Beschädigung irgend einer Art; diese braucht aber keineswegs das Grundstück selbst betroffen zu haben, z. B. das Opus besteht in einem Graben, in welchem mein Vieh verunglückt. Daher braucht der Kläger auch nicht Grundeigenthümer zu sein. Dadurch, daß die Klage einen eingetretenen Schaden voraussetzt, unterscheidet sich das Interdict von einigen anderen Rechtsmitteln, welche unten (§. 394—396) vorkommen werden, und die einen künftigen Schaden abwenden sollen. Das Interdict stellt sich dadurch als Delictsklage dar.

Die Klage geht aber nicht bloß gegen den Handelnden — auf das volle Interesse und auf Restitution des Zustandes vor dem Verbot; insofern ist die Klage eine Delictsklage — sondern auch gegen den Besitzer des Opus auf Duldung der Restitution, und auf Schadensersatz in quantum locupletior factus est.

Die Einreden des Beklagten siehe im Lehrbuch §. 386 a. E.

Zu 1): Der Beklagte kann sich nicht von der begründeten Klage dadurch befreien, daß er ein Recht nachweist, das Opus so zu machen, und daß der Andere also kein Recht zum Verbote hat, (siehe die Stellen der Note k des Lehrbuchs); denn er hat doch nicht das Recht, vi oder clam zu handeln, und darauf allein gründet sich die Klage. Aber wohl kann er der Begründung dadurch zuvorkommen, daß er den Verbietenden auffordert, sein Recht gerichtlich geltend zu machen, sei es als Kläger oder als

Beklagter, jenachdem er Besitzer ist oder nicht. Aber er muß doch auch hier Caution leisten, daß er Alles restituiren werde, wenn er von den Folgen seiner Handlung vor entschiedener Sache befreit sein will, d. h. er kann sich durch die Caution das Recht, auch gegen das Verbot zu handeln, verschaffen; leistet er aber diese Caution nicht, so muß er die Handlung bis zur Entscheidung durch den Richter unterlassen.

Iniuria.

§. 387.

Alle Delicte durch Dolus enthalten einen Angriff auf die Persönlichkeit, eine Nichtachtung derselben, welche eben in dem auf das Unrecht gerichteten Willen liegt. Der Thäter anerkennt nicht einmal die Möglichkeit eines rechtlichen Willens in dem Verletzten. Die meisten Delicte haben überdies eine Richtung gegen das Vermögen, sie enthalten eine Verletzung von Vermögensrechten; so die bisher erwähnten. Der Grund, warum diese Handlungen Delicte sind, liegt aber nicht in diesem Umstande, sondern in jener Richtung gegen die Persönlichkeit, in dem Wollen des Unrechts. Daher ist ein Delict denkbar ohne jene Vermögensbeschädigung. Dies ist die iniuria.

Iniuria ist bewußtes Unrecht entweder ohne alle Vermögensverletzung, oder bei dem diese wenigstens ganz zurücktritt und der Begriff des Delicts allein auf der Verletzung der Persönlichkeit beruht. Es ist eine Handlung, welche principaliter, um dem Anderen ein Unrecht, (im gemeinen Leben: „einen Tort") anzuthun, iniuriae faciendae causa vorgenommen ist; die darauf gerichtete Absicht nennt man den animus iniuriandi. Die Klage heißt actio iniuriarum und geht auf eine arbiträre Geldstrafe, welche der Richter nach der Größe der Verletzung durch sein Ermessen bestimmt.

Zwei Fälle werden unterschieden:

1) die actio iniuriarum ex generali edicto; diese wird durch jedes bewußte Unrecht mit dem animus iniuriandi hervorgebracht. Siehe die Beispiele in der Note c des Lehrbuchs. Sehr häufig wird die Injurie im engeren Sinn heutzutage criminell oder polizeilich behandelt; dies gilt aber durchaus nicht von diesem ersten Fall.

2) Injurie im engeren Sinn, contumelia, d. h. die Aeußerung einer verachtenden Gesinnung, animus infamandi.

Die Handlung, in welcher sich dieser animus äußert, kann auch hier sehr verschieden sein: sie kann in Worten bestehen (Verbalinjurie), diese brauchen nicht gerade Schimpfworte zu sein, auch andere, z. B. unzüchtige Worte in Gegenwart einer unbescholtenen Frauensperson, Verwünschungen u. s. w. enthalten diese Injurie. Eine besondere Art ist das convicium, wörtliche Injurien, welche gegen Jemanden vor einer versammelten Menge ausgestoßen werden, (mag jener gegenwärtig sein oder nicht); dahin dürfen z. B. ein Pereat vor seiner Wohnung, ferner die Injurien von Zeitungsschreibern gerechnet werden. — Sodann kann jener Animus in Thätlichkeiten (Realinjurie) oder anderen Handlungen sich äußern.

Der Kläger hat nicht bloß die Aeußerung, sondern auch den animus iniuriandi zu beweisen, wenn dieser nicht schon aus der Handlung selbst hervorgeht, indem dieselbe entweder überhaupt nicht ohne eine solche Intention möglich ist, oder wenigstens gewöhnlich mit dem animus iniuriandi sich verbindet. Wo dies nicht der Fall ist, da muß er besonders bewiesen werden. Der Beweis kann durch Eidesdelation geführt werden. Ein Irrthum in der Person entschuldigt nicht, wohl aber ein entschuldbarer Irrthum in den Qualitäten der Person, wenn diese den animus iniuriandi aufheben würden. Auf die Motive kommt es an sich nicht an, z. B. einem Zeitungsschreiber kann es nicht zur Entschuldigung gereichen, daß er sein Blatt dadurch nur piquant habe machen wollen.

Aber allerdings ist Unrecht eine wesentliche Voraussetzung. Daher kann keine Handlung Injurie sein, zu welcher der Handelnde berechtigt war. Die Wahrheit ferner kann kein Unrecht sein, daher der Beweis des Ausgesagten die Injurie aufhebt. Nur muß der Ausdruck nicht mehr enthalten, als was wirklich als wahr bewiesen wird, z. B. jemanden, welcher einen Diebstahl begangen und dafür bestraft ist, „Dieb" zu nennen, ist eine Injurie, denn der Ausdruck enthält zugleich das Urtheil, daß jener es auch künftig sein werde.

Eine mittelbare Injurie ist die, welche jemandem in der Person eines Anderen zugefügt wird. Sie setzt ein Verhältniß der Unterordnung voraus, wonach bei der Ehre des unmittelbar

Injuriirten auch die des Anderen betheiligt ist, (und zwar muß der Erstere in dem Verhältniß der Subordination stehen). Man wird daher mittelbar injuriirt in der Person der Frau, der Braut, der Kinder, des Erblassers nach dessen Tode. Der Thäter muß das Verhältniß, in welchem der unmittelbar Injuriirte sich befand, gekannt haben, (nicht gerade die Person), sonst fehlt für die mittelbare Injurie der animus.

Delicte durch Culpa.

§. 388—393.

Siehe das Lehrbuch.

Obligationen zur Abwendung künftiger Verletzungen.

Damni infecti cautio.

§. 394.

Es giebt Obligationen, welche die Abwendung einer künftigen Verletzung, (sei es die Verhütung oder den künftigen Ersatz derselben) zum Zweck haben. Eine solche ist vor Allem für den Fall eingeführt, daß von der mangelhaften Beschaffenheit eines Hauses oder einer sonstigen Vorrichtung, z. B. eines Grabens Schaden befürchtet wird, obligatio auf cautio damni infecti nomine. Hier ist dies um so mehr Bedürfniß, als der eingetretene Schaden an sich keinen Anspruch auf Ersatz mit sich führt, sondern z. B. beim Einsturz des baufälligen Hauses nur Retention der auf unser Grundstück gefallenen Sachen. Ein Anspruch auf Schadensersatz soll durch die Cautio verschafft werden.

Die Forderung der Caution tritt nur ein, wenn ein Schaden zunächst für ein Grundstück befürchtet wird. Und zwar darf der Schaden nicht etwa bloß in der Entziehung eines Vortheils bestehen, worauf der Eigenthümer keinen rechtlichen Anspruch hat, z. B. wenn ich einen Graben in meinem Grundstück ziehe, wodurch ich dem Nachbar das Wasser nehme. Jeder ist berechtigt, die Caution zu fordern, der durch die Beschädigung des Grundstückes betroffen wird, vorausgesetzt daß er nicht ohnedies eine Klage hat, die ihn zum Zweck führt, — gegen dieselbe Person

oder eine andere, [gegen welche er seinen Regreß nehmen könnte], (hier ist diese die bedrohte): die Caution kann daher gefordert werden von dem Eigenthümer des Grundstückes, dem Usufructuar, Superficiar, Emphyteuta, Pfandgläubiger, ja sogar der Miethsmann hat den Anspruch unter jener Voraussetzung. Ausgeschlossen ist der bonae fidei possessor, denn so lange er bloß dieses ist, trifft nicht ihn der Schaden, sondern den Eigenthümer. Mehrere Berechtigte, z. B. Miteigenthümer, fordern die Caution ohne Bestimmung eines Theils, dieser liegt schon in dem Gegenstande des Versprechens, dem Schadensersatz. Der Fordernde muß den Grund seiner Berechtigung angeben, und auf Verlangen mit dem iuramentum calumniae [seine bona fides] bekräftigen. Dagegen ist ein Beweis seines Rechts für jetzt noch nicht erforderlich.

Es muß ferner ein bevorstehender Schaden sein, damnum infectum.. Wegen eines damnum praeteritum kann man die Cautio durch Exceptio verlangen, wenn die beschädigte Sache im Besitz des Beschädigten ist. Aber auch sonst kann unter Umständen, welche die Versäumung der Cautionsforderung nicht als eine Nachlässigkeit erscheinen lassen, die cautio de damno praeterito selbst klagweise gefordert werden.

Die Forderung auf die Caution kann durch Klage, actio damni infecti, oder nach Umständen durch Exceptio geschehen, z. B. es will jemand eine Vorrichtung auf meinem Grundstücke machen. Sie geht gegen den Eigenthümer oder sonst zum Opus Berechtigten. Gegen mehrere Miteigenthümer kann nur pro rata geklagt werden, (haben sie ohne Beschränkung cavirt, so haften sie solidarisch). Statt des Eigenthümers kann auch ein anderer, welcher bei der Sache interessirt ist, eintreten, z. B. der Usufructuar, Pfandgläubiger. In diesem Falle muß aber Realcaution geleistet werden, während bei dem Eigenthümer Verbalcaution hinreicht. Die Caution braucht nur auf eine bestimmte Zeit geleistet zu werden, muß aber wiederholt werden, wenn die Lage der Sache dieselbe bleibt.

Der Eigenthümer der drohenden Sache kann sich durch Dereliction derselben befreien. Diese wird stillschweigend angenommen, wenn er, obwohl er zur Caution verurtheilt worden ist, sich fortwährend weigert. Der Kläger kann zuerst die Einweisung in den natürlichen Besitz der drohenden Sache verlangen, mit der Befugniß, selbst für die Reparatur u. s. w. zu sorgen. Diese

Einweisung heißt missio ex primo decreto. Ueberwindet dies den Ungehorsam des Beklagten nicht, so erfolgt auf Antrag des Klägers eine missio ex secundo decreto, und diese hat alsdann die Folge, daß die Sache nunmehr als von ihm derelinquirt angesehen werden muß, wodurch das Eigenthum derselben auf den Kläger übergeht. Statt dessen kann der Kläger aber auch fordern, daß die Caution, (wo sie bloße Verbalcaution ist), in contumaciam als geleistet angenommen werde. Der Kläger hat die Wahl zwischen diesen beiden Wegen. Ungegründet ist die Meinung, daß nach heutigem Recht bloß dieser letzte Weg offen stehe.

Die Klage aus der Caution, (der wirklich geleisteten oder fingirten), setzt den Eintritt des befürchteten Schadens voraus, und zwar muß dieser durch die mangelhafte Beschaffenheit des Opus geschehen sein, denn nur dafür ist cavirt worden, nicht für einen anderen Zufall. Die Klage geht auf das ganze Interesse; nicht bloß der Schaden kann ersetzt verlangt werden, welcher unmittelbar an dem Grundstück geschehen ist, sondern auch der, welcher andere Sachen betroffen hat, die auf jenem sich befanden. So auch der Schaden, welcher durch den iusto metu geschehenen Abzug der Miethsleute verursacht worden ist. Nur soll der Richter nicht den Schaden an Sachen, welche ganz gut hätten weggebracht werden können, in Ansatz bringen.

Aquae pluviae arcendae actio.

§. 395.

Einem Grundstück kann Schaden drohen durch den veränderten Lauf des Regenwassers. Diese Veränderung zu beseitigen ist die aquae pluviae arcendae actio gegeben. Ihre Voraussetzungen sind:

1) Opus manu factum, eine durch Menschenhand vorgenommene Vorrichtung zur Veränderung des Wasserlaufes; die Klage findet daher nicht statt, wenn das Opus bloß zufällig diese Folge hatte, z. B. durch Benutzung einer Wiese als Acker. Außerdem ist die Art des Opus: Abtragung, Erhöhung u. s. w. gleichgültig. Als utilis actio wird die Klage gestattet, wenn eine Veränderung durch Zufall geschah, z. B. das Wasser einen Damm eingerissen hat.

2) Aqua pluvia muß es sein, von welcher der Schaden befürchtet wird. Man glaubt, einige Stellen[1] ständen dem entgegen. Diese sprechen allerdings von einer Veränderung im Laufe eines Flusses, aber sie setzen einen nicht von dem Quellwasser allein, sondern von dem durch Regen angeschwellten Fluß zu befürchtenden Schaden voraus.

3) Der Schaden muß von dem Wasser befürchtet werden. Daher kann die Klage nicht wegen Entziehung des Wassers angestellt werden; dies liegt auch schon in dem Namen der Klage, sie geht auf das arcere aquam. Eine Stelle[2] scheint zu widersprechen; man hat sie von der Entziehung des Wassers verstanden, dann würde sie allerdings die Möglichkeit der Klage wegen des Entziehens aussprechen, wenn es absichtlich geschehen wäre. Die Erklärungen, wodurch man dieses Resultat wiederum beseitigen wollte, sind unzulänglich. Aber jener Fall, daß jemand einem Anderen Regenwasser entzieht, wird gar nicht in der Stelle gegeben, der Handelnde hat den Strom von seinem Grundstück abgewendet, die Folge davon war ein Schaden für den Nachbar, d. h. also die Masse des Regenwassers hat sich mit ganzer Gewalt gegen das Grundstück des Nachbars gerichtet. Nur aus dem hinzugefügten Grunde: aquam enim arcere hoc est curare ne influat, könnte man etwa schließen, daß von jenem Falle die Rede wäre.

Die Stelle ist wahrscheinlich historisch zu erklären: ursprünglich fand vielleicht die Klage nur statt, wenn jemand sein eigenes Grundstück und damit auch andere dem Regenwasser exponirte, so daß nun auf arcere von seinem und von den anderen Grundstücken, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geklagt werden konnte. Nachher wurde sie auf die Fälle ausgedehnt, wo der Handelnde nur sein Grundstück schützen will, wenn nicht die Veränderung des Wasserlaufes eine zufällige Folge seiner Vorrichtung war; siehe zu 1).[3]

---

1) L. 1. pr. §. 23, L. 2. §. 9, L. 3. pr. D. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3.)

2) L. 2. §. 9. eod.: Idem Labeo ait, si vicinus flumen, torrentem, averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse, aquam enim arcere hoc esse curare ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

3) (Diese historische Erklärung ist im Gegentheil gerade die unwahrscheinlichste, weil eine utilis actio auf Wegräumung eines Nothdammes, durch welchen

4) Die Klage setzt die Gefährdung eines Feldgrundstückes (ager) voraus, nicht eines Gebäudes. In dem letzteren Fall findet nur die actio negatoria statt. Aber nicht bloß der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Schaden begründet die Klage, wenn z. B. das Regenwasser seinen Lauf zwar nicht über das Grundstück selbst, aber über ein anderes diesem dienendes seinen Lauf nimmt, und so die Wegeservitut gefährdet.

5) Kläger ist der Eigenthümer, (auch wenn das Opus schon aus der Zeit des früheren Eigenthümers herrührt), ebenso der Emphyteuta, selbst der Usufructuar hat diese Klage, jedoch nur in subsidium, wenn ihm keine andere zu Gebote steht. Beklagter ist der Eigenthümer des Opus, (nicht bloß der Errichter), im Nothfall auch der Usufructuar. Einreden siehe im Lehrbuch am Ende.

6) Gegenstand der Klage ist nicht Schadensersatz, ausgenommen den Schaden seit der Litiscontestation, sondern Restitution des früheren Zustandes. Diese ist aber geschehen, wenn der Lauf des Regenwassers derselbe wird, wenn aqua arcetur, wie vorher. Die Restitution muß der Errichter selbst, wenn er der Beklagte ist, auf seine Kosten vornehmen, außerdem haftet der Beklagte nur auf patientia, auf Duldung der Restitution auf Kosten des Klägers gegen cautio damni infecti, welche dieser zu leisten hat. Denselben Gegenstand hat daher die Klage auch, wenn sie als utilis actio in dem Falle angestellt wird, wo die Veränderung durch Zufall geschehen ist; siehe zu 1).

---

der Beklagte sein Grundstück gegen Ueberschwemmung schützen will, gegen alle Billigkeit verstoßen würde. Der Gedanke Labeo's war einfach dieser: die actio aquae pluviae arcendae ist in dem gegebenen Falle nicht anwendbar, denn aquam arcere heißt das Wasser abwehren; dies hat der Beklagte in Betreff seines Grundstückes bereits gethan, bezüglich des klägerischen würde es positive Vorrichtungen (curare ne influat) voraussetzen, welche billig nicht verlangt werden können, wenn er bloß sich gegen den Gießbach wehren und nicht etwa durch künstliche Ableitung desselben auf das klägerische Grundstück diesem schaden wollte. — Die Erklärung der Stelle von einer vergangenen Entziehung ist aus dem doppelten Grunde unzulässig, weil die Klage wegen vergangener Beschädigungen und wegen Wasserentziehung überhaupt nicht Statt findet. Vgl. auch Gromatici veteres ed: Lachmann (1848) p. 57: de aqua pluvia arcenda controversia per regiones variis generibus exercetur; in Italia non exigua est iniuria si in alienum agrum aquam inmittas, in provincia autem Africa si transire non patiaris, an dieses Provinzialrecht hat Labeo gewiß nicht gedacht. A. d. H.)

Operis novi nuntiatio.

§. 396.

Bei Veränderungen, welche mit einem Grundstücke vorgenommen werden, kann es für den dadurch Gefährdeten von Wichtigkeit sein, daß damit Einhalt geschehe, bis zur Entscheidung, ob derjenige, welcher sie vornimmt, das Recht dazu hat oder nicht. Das Mittel, welches dem Gefährdeten dazu gegeben ist, ist die operis novi nuntiatio, d. i. eine Aufforderung oder Ermahnung, Einhalt zu thun, entweder überhaupt oder in Beziehung auf einen Theil des Opus, der dann genau anzugeben ist, oder auf eine gewisse Art der Ausführung desselben. Sie geschieht an dem Ort des Opus selbst, an die dabei beschäftigten Personen, nicht nothwendig an die Person des Eigenthümers: nuntiatio in rem fit, non in personam.

Der Nuntiant muß sofort die Sache bei Gericht als Kläger anhängig machen und dabei sogleich auf Verlangen des Beklagten das iusiurandum calumniae leisten. Der Nuntiat kann sich aber die Fortsetzung des Opus dadurch verschaffen, daß er Caution durch Bürgen (satisdatio), [nicht bloße Verbalcaution: L. 1. §. 6. D. de stipul. praet. (46, 5): de eo opere quod in privato factum erit satisdatio est, de eo quod in publico repromitti potest] leistet, daß er im Falle seines Unterliegens Alles restituiren werde, (dann hat er gegen jede Störung ein prohibitorisches Interdict). Zu dieser Caution ist der Nuntiat jedoch nur dann zuzulassen, wenn der Proceß nicht innerhalb dreier Monate zu beendigen ist. Wer nur einen anderen Berechtigten vertritt, kann bloß Verbalcaution fordern; so daher, wenn der Zweck der Nuntiation publicum ius tuendum ist.

Geschieht nun von Seiten des Nuntiaten weder Einhalt mit dem Opus, noch erfolgt Caution, so hat der Nuntiant das interdictum de opere restituendo oder demolitorium auf Zerstörung des nach der Nuntiation Gemachten. War schon vorher begonnen, so muß der Nuntiant beweisen, was nachher geschehen ist. Die Demolition geschieht auf Kosten des Nuntiaten; wenn aber dessen Erben oder Singularsuccessor belangt werden, überhaupt wenn das Interdict gegen jemanden angestellt wird, welcher mit der Nuntiation selbst unbekannt war, so geht es nur auf patientia

und der Kläger trägt die Kosten. Auf Schadensersatz geht das Interdict nicht, darauf kann das interdictum quod vi aut clam angestellt werden, wenn die Nuntiation an den Eigenthümer selbst geschehen ist, in welchem Falle sie als Verbot zugleich diese Klage begründet.

Voraussetzungen der Nuntiation sind:

1) Eine Veränderung mit einem Grundstück oder einem darauf befindlichen Opus, (bestehe sie in einem Zusatz oder einer Wegnahme). Veränderungen, die mit anderen Accessionen des Bodens, z. B. Bäumen, Früchten u. s. w. vorgenommen werden, begründen die Nuntiation nicht.

2) Das Opus muß angefangen aber nicht vollendet sein.

3) Möglichkeit eines nachtheiligen Einflusses auf ein Grundstück, entweder unmittelbar oder in einer servitus praedii urbani welche dem Grundstücke zusteht. Die Nuntiation findet nicht statt, wenn bloß eine servitus praedii rustici gefährdet wird. Die servitutes praediorum urbanorum stellen sich als Qualitäten des Grundstücks selbst dar. Man hat dies bestritten (Zachariä), aber nur vermöge einer falschen Erklärung der Hauptstellen.

Die Nuntiation kann nun aber in einer doppelten Hinsicht Nachtheile für den Nuntianten haben:

1) Wenn er bei der gerichtlichen Verhandlung der Sache nicht Recht behält, so muß er dem Nuntiaten den durch die Sistirung entstandenen Schaden ersetzen, soweit er nicht durch Caution zu vermeiden war, (welche der Nuntiat ja stellen konnte, um das Opus fortzusetzen). Daher kann nur nuntiiren, wer sich verpflichten kann, der Bevormundete also nicht ohne seinen Vormund.

2) Für die gerichtliche Verhandlung selbst ist der Nuntiant stets Kläger und hat daher das onus probandi in Beziehung auf das Recht zu verbieten.

Darum ist die Nuntiation nicht überall räthlich, wo sie möglich ist, z. B. bei einem Opus auf unserem eigenen Grund ꝛc. Nicht selten wird es vortheilhafter sein, den Handelnden thätlich abzuhalten, um wenigstens das interdictum quod vi aut clam zu erhalten, (welches nicht jene Folge für die Beweislast hat), oder den Besitzschutz mit dem interdictum retinendae posses-

sionis nachzusuchen.[1] L. 5. D. cit. hat Veranlassung gegeben zur Annahme von drei Arten der Nuntiation. Die früheren Juristen sagten nämlich: es gebe a) eine nuntiatio verbalis und verstanden darunter die wahre und einzige Nuntiation; außerdem aber b) eine realis, welche durch Thätlichkeiten, (thätliche Abhaltung) geschehe, und c) eine publica, d. h. eine solche, welche durch eine Klage geschehe, also durch einen gerichtlichen Act. Aber diese beiden letzten Fälle sind gar keine Nuntiationen, sie werden vielmehr in der Stelle der Nuntiation gerade entgegengestellt.

Klagen auf Exhibition.

Actio ad exhibendum.

§. 397.

Es besteht eine gesetzliche Obligation zwischen dem Besitzer einer beweglichen Sache, und dem, der ein rechtliches Interesse an der Darstellung dieser Sache zur Besichtigung hat. Diese Darstellung ist die Exhibition; exhibere rem heißt die Möglichkeit der Besichtigung einer beweglichen Sache verschaffen, und zwar für sich, daher wenn sie mit einer anderen verbunden ist, getrennt von dieser. Aus dieser Obligatio entspringt die actio ad exhibendum.

Nicht jedes Interesse berechtigt zur Klage, sondern der Kläger muß ein solches wegen eines Anspruchs haben, welchen er auf die Sache selbst macht und der durch die Exhibition vorbereitet wird. Dieser Anspruch kann sein 1) ein dinglicher, so namentlich Eigenthum, siehe oben. Hier geht die Klage insbesondere auf Trennung der Sache. Namentlich aber dient sie dazu, die Ueberzeugung von der Identität der Sache zu verschaffen; 2) ein persönlicher, z. B. bei den possessorischen Interdicten, bei der actio de pauperie ist die actio ad exhibendum zulässig. Sodann

---

1) L. 5. §. 10. D. de O. N. N. (39, 1): Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel proiicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum i. e. lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione, ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. Aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut uti possidetis uti.

kann die Exhibition nothwendig werden, um eine Wahl, welche dem Kläger zusteht möglich zu machen. Kann der Beklagte in continenti erweisen, daß ein solcher Anspruch nicht existirt, so ist der Kläger abzuweisen. Andere als sofort liquide Einreden gegen das Recht des Klägers werden nicht zugelassen.

Schon aus ihrem Gegenstand ergiebt sich, daß die Klage regelmäßig eine präparatorische Natur hat. Doch giebt es auch Fälle, wo sie einen selbstständigen Erfolg hat und dem Kläger die Sache selbst schon oder deren Werth verschafft: a) wenn der Beklagte gar keinen Anspruch auf die Sache macht, und den des Klägers nicht läugnet; b) wenn gegen den dolo desinens possidere geklagt wird; hier geht die Klage natürlich auf das Interesse und dies ist ein selbstständiger Erfolg derselben.

§. 398.

Siehe das Lehrbuch.

Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen des Berechtigten.

§. 399.

Siehe das Lehrbuch.

Interdictum de arboribus caedendis:

1) Wenn ein Baum durch seine Aeste oder seine Wurzeln ein fremdes Gebäude beeinträchtigt, so kann der Hauseigenthümer die gänzliche Wegnahme dieses Baumes fordern. Weigert sich der Eigenthümer desselben, so fällt das Eigenthum des Baumes als Holzes an den Berechtigten, er kann denselben selbst umhauen und das Holz behalten. Gegen eine Störung in diesem letzteren Recht wird er durch das Interdict geschützt.

2) Wenn das durch einen nahestehenden Baum benachtheiligte Grundstück ein Feldgrundstück ist, und der Stamm neigt herüber, so kann mit der actio negatoria die gänzliche Wegnahme desselben gefordert werden. Ragen aber nur die Aeste herüber, so muß sie der Eigenthümer sich bis auf ein gewisses Maaß gefallen lassen. Er kann nur verlangen, daß die Aeste bis 15 Fuß vom Boden abgehauen werden. Weigert sich der Eigenthümer des Baumes, so kann der Berechtigte dies selbst vornehmen, wie dort, und wird mit dem Interdict gegen den Hindernden geschützt.

Man hat darüber gestritten, ob die niedrigeren oder die höheren Aeste abzuhauen sind. Nach der gewöhnlichen Ansicht sind es die niedrigen und diese ist auch sicher die richtige. Dies folgt schon aus dem angegebenen Grunde: ne umbra arboris vicino noceret, da die niedrigen Aeste die schädlichen sind.[1]

§. 400—402.

Siehe das Lehrbuch.

Von den Intercessionen.

§. 403.

Der Begriff der Intercession, welcher mehrere, sonst sehr verschiedene Geschäfte umfaßt, ist besonders deswegen von Interesse, weil es Personen giebt, die gerade solche Geschäfte nicht wirksam vornehmen können, [während sie andere Rechtsgeschäfte völlig gültig abschließen können].

Der Begriff der Intercession ist: Uebernahme einer fremden Obligatio. Darin liegt zweierlei: 1) eine fremde Obligatio, 2) Verpflichtung des Intercedenten.

Die einzelnen Geschäfte, welche unter diesen Begriff fallen, classificiren sich so:

1) Privative Intercession, wodurch der bisherige Schuldner befreit wird, dahin gehören

a) Expromissio und Delegatio. Diese enthält eine Intercession, wenn sie ohne Verbindlichkeit geschieht, sich Statt eines Anderen zum Schuldner zu stellen, nicht wenn z. B. der Expromittent vom bisherigen Schuldner die Valuta empfangen hat, so daß reell dadurch die Schuld seine eigene wird.

b) Litiscontestation, wenn Jemand einen Proceß für den eigentlichen Beklagten übernimmt (defensio) ohne Auftrag. Der Defensor muß Satisdatio bestellen wegen Erfüllung des Urtheils, außerdem braucht sich der Kläger mit ihm nicht einzulassen (satisdatio iudicatum solvi). Er darf auch nicht eine restitutionsberechtigte Person sein. Der eigentliche Beklagte wird durch

---

1) (Als ob die Krone keinen Schatten würfe! Eben so wenig beweist der Ausdruck sublucatio, er bedeutet nicht „von unten" sondern „mäßig" lichten. A. d. H.)

die Litiscontestation des Defensor frei, vorausgesetzt daß das Urtheil darauf erfolgt, sei es ein condemnatorisches oder absolutorisches. — Aber auch hier ist das Geschäft nur dann eine Intercession, wenn die Schuld auch reell eine fremde Schuld für den Defensor ist, nicht, wenn er dem eigentlichen Beklagten ohne dies dafür haften müßte.

c) Compromiß statt des eigentlichen Schuldners. Nach römischem Recht wird der Schuldner dadurch allerdings nicht befreit, ebenso wie er auch nicht befreit werden würde, wenn er selbst compromittirt hätte, es liegt also keine privative Intercession vor. Nach heutigem Recht dagegen muß dies behauptet werden, weil das Compromiß jetzt eine directe Wirkung hat, es ist gleichsam eine Art von Expromission.

2) Cumulative Intercession, ohne Befreiung des bisherigen Schuldners. Dies ist die Verbürgung, d. h. Uebernahme einer fremden Schuld als Nebenschuldner; siehe den folgenden Paragraphen.

Es giebt aber noch zwei Fälle der Intercession, wobei der obige Begriff überschritten ist:

1) eine Intercession, wo eine fremde Obligatio nicht existirt, s. g. intercessio tacita. Dies ist die Uebernahme einer Schuld statt eines Anderen, der sie außerdem übernommen haben würde, nun aber nicht verpflichtet wird, und auch nie verpflichtet war. Sie wird ebenso beurtheilt, wie wenn der Andere wirklich Schuldner geworden wäre, dann aber aufgehört hätte es zu sein. Dieser Fall gehört zu den Fällen der privativen Intercession;

2) eine Intercession, wobei der Intercedent nicht verpflichtet wird. Dies geschieht bei der Pfandgebung für eine fremde Schuld; es gehört dieser Fall zu denen der cumulativen Intercession.

Auf diese beiden Fälle beschränken sich aber auch die Abweichungen von jenem Begriff. In allen sonstigen Fällen, auf die jener Begriff nicht paßt, ist keine Intercession vorhanden. So ist keine Intercession die Zahlung einer fremden Schuld, ohne sich vorher zu verpflichten, Verzicht auf ein Recht zu Gunsten einer fremden Forderung, Versicherungen und sonstige Uebernahmen von Gefahren, also namentlich auch das Versprechen, einem Anderen für die nachtheiligen Folgen einer Handlung haften zu wollen, ohne daß eine bestehende Obligatio übernommen wird, so z. B. das Versprechen, für die Sufficienz einer Erbschaft einstehen zu wollen. Die übernommene Obligatio ist hier eine neue, pri-

mitive. Anders ist es, wenn Jemand einer Person Gläubiger zu werden mandirt, oder ihr den Auftrag giebt, ihrem Schuldner Frist zu geben. Dies ist eine Intercession, weil hier wirklich eine Obligatio besteht, für welche man sich verpflichtet. Der Antritt der Erbschaft ist keine Intercession, der Erbe übernimmt nicht eine fremde Obligatio, sondern eine fremde Person.

Formen der Verbürgung.

§. 404.

Verbürgung ist der Act, wodurch Jemand als Nebenschuldner intercedirt. Dem Bürgen gegenüber heißt derjenige, in dessen Interesse die Obligatio contrahirt wird, Hauptschuldner. Die Frage, ob jemand Hauptschuldner oder Bürge ist, läßt sich nicht aus den gebrauchten Worten, sondern lediglich aus dem sachlichen Verhältniß selbst entscheiden. So z. B. wenn zwei sich für eine Darlehensobligatio solidarisch verpflichten, (auch wenn es mit den Worten „als Hauptschuldner" geschieht), so sind drei Fälle möglich: 1) sie sind beide Hauptschuldner, wenn beide das Darlehen empfangen haben, aber beide zugleich Bürgen, durch die Verpflichtung für den Theil des anderen; 2) sie sind beide bloß Bürgen, wenn ein Dritter das Darlehen empfangen hat; 3) einer hat das Darlehen empfangen, dann ist dieser allein Hauptschuldner, der andere ist bloß Bürge. Der Ausdruck Hauptschuldner verändert also die Sache nicht.

[Ganz ohne alle Wirkung ist es indessen nicht, wenn die Partheien erklärt haben, daß sie beide Hauptschuldner sein wollen], es kann die Wirkung haben, daß darin ein Verzicht auf die exceptio excussionis, welche sonst der Bürge hat, liegt, die Wirkung also, die Intercession zu einer s. g. intercessio non subsidiaria zu machen. Es findet dann ferner keine Berufung auf die accessorische Natur der Bürgschaft, in Absicht auf die Befreiung durch jede Befreiung des Hauptschuldners Statt. [Nicht jede Befreiung des Hauptschuldners befreit auch ihn, sondern nur eine auch den Correalschuldner befreiende Lösung der Obligatio.] Siehe §. 405.

Es sind zwei Arten der Verbürgung hinsichtlich der Form des Geschäfts, wodurch sie geschehen ist, zu unterscheiden, und von diesen gelten zum Theil verschiedene Rechtssätze, theils in Beziehung auf Erfordernisse, theils auf die Wirkung.

1) Eigentliche Bürgschaft, fideiussio, der Vertrag, wodurch Jemand eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen verspricht, ohne daß der bisherige Schuldner befreit wird. Der Bürge ist Correalschuldner, aber accessorischer; dadurch entstehen in Beziehung auf seine Verpflichtung Besonderheiten, [weil nicht alle Grundsätze der Correalschuld auf ihn Anwendung finden]. Diese Bürgschaft des heutigen Rechts begreift zwei Rechtsgeschäfte des römischen Rechts in sich: die römische fideiussio, (welche durch Stipulation geschah) und das constitutum debiti alieni, (eine Verbürgung durch Pactum). Unsere Bürgschaft wird nun da, wo beide verschieden sind, nach der milderen Natur der letzteren zu beurtheilen sein; siehe das Lehrbuch. Auch die solidarische Verpflichtung, wo jemand außerdem nur pro parte haften würde, gehört hierher.

2) Mandatum (qualificatum), Verbürgung in der Form des Auftrages. Der Auftrag, Gläubiger eines Anderen zu werden, oder dem Schuldner Frist zu geben, verpflichtet den Mandator zum Ersatz des Nachtheils, welchen der Mandatar [vor der Vollziehung des Auftrages] haben wird, er enthält also eine Verbürgung, der Mandator übernimmt sachlich, wenn auch nicht formell, eine fremde Verbindlichkeit als Nebenschuldner. Einzelne Abweichungen von 1) und 2) siehe unten.

Unfähigkeiten zur Verbürgung siehe das Lehrbuch am Ende. Geistliche sind unfähig zu Intercessionen für öffentliche Abgaben, für Pachtungen außer den kirchlichen, für Vormünder, wo sie es nicht selbst werden könnten, endlich für fremde Proceßführung, (nach Mühlenbruch zu allen, außer publicis causis, aber gerade hier ist es ihnen untersagt).

Bestritten ist, wie weit sich die Unfähigkeit der Soldaten erstreckt. Nach einer Stelle ist sie scheinbar ganz allgemein, dagegen findet sich eine andere, wonach ihnen insonderheit die Verbürgung für Pächter von Domänen verboten ist, was keinen Sinn hätte, wenn ihre Unfähigkeit eine allgemeine wäre. Der Streit ist nicht von Interesse, da dieser Rechtssatz überhaupt antiquirt ist.

Forderung an den Bürgen.

§. 405.

Die Verbindlichkeit des Bürgen bestimmt sich ihrem Umfange nach durch den Bürgschaftsvertrag, es ist dies also eine quaestio facti. Im Zweifel hat sich der Bürge für alles verpflichtet,

worauf der Hauptschuldner sich obligirt hat, namentlich für alle Verbindlichkeiten, welche durch diese Obligatio begründet werden, z. B. Capital und versprochene Zinsen. Streitig ist, ob der Bürge auch haftet für die Vermehrungen der obligatio des Hauptschuldners, welche officio iudicis hinzukommen, z. B. für Verzugszinsen. Wenn der Bürge sich nicht für eine gewisse Obligatio überhaupt (in omnem causam) verpflichtet hat, so ist auch dieser Inhalt derselben [die Vermehrung durch eine nachherige Modification] nicht auszuschließen. Bei dem Mandatum ist dies noch unzweifelhafter.

Dagegen haftet der Bürge nicht für die bloß processualischen Vermehrungen, z. B. nicht für das duplum, in welches der Schuldner wegen Läugnens condemnirt wird, ferner nicht für das Ortsinteresse.

Der Bürge haftet, so lange die Obligatio besteht. Daß sie durch eine unerlaubte Handlung des Schuldners (z. B. Mora) perpetuirt worden ist, während sie außerdem untergegangen wäre, befreit ihn nicht.

Der Bürge ist befreit, wenn der Schuldner befreit ist ipso iure oder ope exceptionis; er hat die Exceptionen des Schuldners auch wider dessen Willen. Als Correalschuldner würde er bei einer bloßen Befreiung des Schuldners, ohne daß die Obligatio selbst aufgehoben ist, nicht befreit werden. Dies ist aber anders wegen der accessorischen Natur der Bürgschaft, diese bewirkt seine Befreiung, wenn nur ein Befreiungsgrund des Schuldners eingetreten ist. Indeß geht die Modification doch nur so weit, als es das Interesse des Schuldners fordert, d. h. als dieser sonst reell nicht befreit sein würde. Es wird also davon abhängen, ob der Bürge den Regreß gegen den Schuldner hat oder nicht. Hat der Bürge den Regreß gegen den Hauptschuldner, so hat er auch dessen Exceptionen, z. B. bei dem pactum de non petendo des Schuldners mit dem Gläubiger; sofern dies Pactum in rem [nicht bloß in personam] von dem Schuldner geschlossen ist, der Gläubiger wirklich die Schuld erlassen hat, steht dem Bürgen, wenn er seinen Regreß gegen den Schuldner hat, die exceptio pacti de non petendo zu, und er verliert diese exceptio nicht dadurch, daß der Schuldner nachher ein pactum de petendo schließt, (auch nach römischem Recht nicht, wo das Pactum nur ope exceptionis wirkt). Hat der Bürge dagegen

animo donandi intercedirt, so daß er also keinen Regreß hat, so wird er zwar durch eine sonstige Aufhebung der Obligatio befreit, nicht aber durch eine bloße Befreiung des Schuldners, wodurch die Obligatio selbst nicht angetastet wird, namentlich nicht durch ein pactum de non petendo.

Der Mandator haftet überhaupt nur, wenn der Gläubiger ohne seine Schuld der Befriedigung entbehrt, also nicht, wenn dieser [mit dem Hauptschuldner ein pactum de non petendo geschlossen oder sonst] dem Schuldner die Schuld erlassen hat.

Bei einem minderjährigen Schuldner hat der Bürge nicht die Restitution aus dessen Person. Wenn jener aber wirklich restituirt ist, so wirkt dies auch gegen den Regreß des Bürgen gegen ihn. Ob der Bürge gegen den Gläubiger geschützt wird, hängt davon ab, ob er mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit sich verbürgt hat, also um dem Gläubiger auch dagegen Sicherheit zu gewähren, oder nicht. Im ersten Falle leidet er den Verlust, [im zweiten der Gläubiger].[1]

Daß die Obligatio eine naturalis obligatio ist, steht der vollkommenen Wirkung der Bürgschaft nicht entgegen. Daher auch nicht der Umstand, daß sie nachher in eine naturalis obligatio übergeht. So ist auch bei der exceptio S. C. Macedoniani der Bürge vollkommen obligirt; nur hat er diese Einrede im Interesse des Filiusfamilias dann, wenn er den Regreß gegen den Schuldner haben würde.

Bei der Correalobligation verjährt die Klage nur gegen alle Correalschuldner. Dies gilt von dem Verhältniß der Bürgschaft insoweit, daß die Klage gegen den Bürgen nicht verjährt, so lange die Klage gegen den Schuldner nicht verjährt ist. Aber eine Modification durch die accessorische Natur der Bürgschaft ist, daß die Klage gegen den Schuldner verjähren kann, ohne gegen den Bürgen verjährt zu sein.

Da die Verjährung die naturalis obligatio stehen läßt, so nützt sie dem Bürgen nicht, er hat also keine Exceptio darum, daß der Schuldner sie hat. Ohne Grund haben Manche das Gegentheil behauptet, bloß, weil dann dem Schuldner die Verjährung nichts nützen würde. Es hat aber nicht die mindeste Unbilligkeit, daß die Verjährung durch Stellung eines Bürgen

1) (Vgl. §. 105. Anm. 4. A. d. H.)

erschwert wird. Anders bei dem Mandator; wenn der Gläubiger durch seine eigene Nachlässigkeit Ursache an seiner Nichtbefriedigung ist, (wie dies der Fall ist bei der Verjährung), so ist der Mandator nach den Grundsätzen des Mandats frei. Aber auch dem Fidejussor kann die Verjährung einen Schutz geben. Siehe nachher bei dem beneficium cedendarum actionum.

Die Bürgen haben unter gewissen Voraussetzungen gewisse Exceptionen. Dies sind die tria beneficia fideiussorum; siehe das Lehrbuch.

ad 1): Das beneficium excussionis setzt die Möglichkeit einer wirksamen Ausklagung des Schuldners voraus. Daher fällt es weg a) wenn der Schuldner abwesend, und auch die Frist verstrichen ist, welche dem Bürgen auf Verlangen zur Herbeischaffung des Schuldners gewährt werden muß, b) wenn die Ausklagung des Schuldners voraussichtlich ohne Wirkung sein wird. Dies ist der Fall, wenn der Schuldner ein Moratorium, oder die Competenzwohlthat hat, oder wenn er insolvent und der Concurs eröffnet ist.[2]

ad 3): Zu Note n des Lehrbuchs: Der Grund ist: der Mandator zahlt seine Schuld, nicht die des Schuldners, da er nicht Correalschuldner, also die Klage durch seine Zahlung nicht ipso iure aufgehoben ist, weshalb der Mandator auch noch nach der Zahlung die Cession der Klagen des Gläubigers gegen den Schuldner verlangen kann.[3] Das beneficium cedendarum actionum ist von Nutzen immer in Beziehung auf die Mitbürgen, aber auch in Beziehung auf den Schuldner, wenn entweder der Bürge außerdem keinen Regreß hat, oder die Klage des Gläubigers vorzüglicher z. B. mit einer Hypothek verbunden ist. Er bedarf regelmäßig keiner Exceptio, um die Cession zu erlangen, da sie ipso iure durch die Erklärung bei der Zahlung erfolgt. Nur dann, wenn die Herausgabe der Beweismittel zugleich verlangt wird, ist es nöthig, [daß er sie durch Exceptio verlangt, bevor er zahlt]. Aber es giebt auch einen Fall, wo das bene-

2) Nov. 4. c. 1. Auch in dieser Anwendung besteht die §. 215 Note i des Lehrbuchs erwähnte Controverse.

3) L. 28. D. mandati (17, 1): Papinianus lib. 3. quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine: ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. (Vgl. L. 13. D. de fidei. (46, 1), L. 95. §. 10. D. de sol. (46, 3). A. d. H.)

ficium eine peremtorische Einrede gewährt, wenn nämlich der Gläubiger durch seine Schuld die Klage nicht mehr hat, also auch nicht cediren kann. Dies ist auch der Fall, wenn er die Klage hat verjähren lassen; hier wird dem Bürgen die Verjährung ebenfalls von Nutzen sein.[4] [Denn der Bürge braucht ihm nicht vor der Cession der Klage Zahlung zu leisten, ist also auf immer gegen den Gläubiger gesichert.]

Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

§. 406.

Zu Note c des Lehrbuchs: Wenn sich der Bürge verbürgt hat mit dem Willen des Hauptschuldners, also auf seinen stillschweigenden Auftrag, so hat er die actio mandati contraria, wenn er zahlen soll. Diese Klage findet zuweilen sogar schon vor der Zahlung statt, wenn der Schuldner die Abtragung der Schuld verzögert, und sein Vermögen verschwendet. Der Bürge hat diese Klage zuweilen ohne Zahlung, wenn der Gläubiger mit dem animus donandi gegen den Bürgen die Schuld erläßt. Endlich hat sie der Bürge immer nach der Zahlung, auch wenn er ohne Proceß (sine iudicio) gezahlt hat, auch wenn der Schuldner eine Einrede hatte, von deren Existenz er den Bürgen nicht in Kenntniß gesetzt hat.

Intercession der Frauenspersonen.

§. 407—410.

[Im römischen Rechte sind Vorschriften erlassen gegen die Intercessionen der Frauenspersonen, die dadurch unwirksam gemacht werden sollen.]

Diese Vorschriften sind: 1) das S. C. Velleianum, welches den Frauen eine Exceptio gegen übernommene Bürgschaften giebt, 2) die Formvorschrift von Justinian durch deren Versäumung eo ipso Nichtigkeit eintritt, 3) die Authentica Si qua mulier,

4) (Man hat dies neuerdings ohne Grund auf den Creditauftrag einschränken wollen, während man die Vereitelung des beneficii excussionis durch Versäumung der Ausklagung des Hauptschuldners ohne Einschränkung als Grund einer peremtorischen Einrede gelten läßt (Girtanner, die Bürgschaft nach gem. Civilrechte (1851) S. 468 f. 543 f.), eine sachliche Inconsequenz, die für das römische Recht so viel den letzten Punkt betrifft durch Nov. 4. c. 1. nicht gerechtfertigt wird und die Stelle Note r des Lehrbuchs gegen sich hat, in Betreff des heutigen Rechts aber dem Princip der bona fides, welches in diesem nicht mehr auf den Creditauftrag eingeschränkt ist, widersprechen würde. A. d. H.)

durch welche Justinian noch ganz besonders Intercessionen der Frauen für ihre Ehemänner für nichtig erklärt hat.

Alle diese Vorschriften sind mit Vorbehalt von Ausnahmen gemacht, von denen die meisten das S. C. Velleianum, [jedoch vorausgesetzt, daß nicht gegen die beiden anderen Vorschriften gefehlt sei], einige aber auch die beiden anderen Vorschriften treffen.

Alle wirklichen Intercessionen nun fallen unter diese Vorschriften, [aber auch nur die Intercessionen und] hier tritt die obige Bemerkung in Wirksamkeit, daß es nicht auf den Namen ankommt, der dem Geschäft gegeben ist. Die Benennung der Frau als Hauptschuldnerin schließt die Anwendung jener Gesetze nicht aus, sondern nur, daß sie es wirklich ist.

Dies ist namentlich anzuwenden auf den sehr gewöhnlichen Fall, daß sie sich als Mitschuldnerin bekennt und solidarisch verpflichtet. Hier entsteht die Frage: wer hat das onus probandi?

1) An sich muß als das zu Vermuthende betrachtet werden, daß die Frau pro parte dimidia wirklich Hauptschuldnerin ist, wie sie sich bekannt hat. Wer diesem widerspricht, muß beweisen, der Gläubiger, wenn er mehr fordert, als die Hälfte, die Frau, wenn sie für das Ganze die exceptio S. C. Velleiani vorschützt, [jener, daß sie auch für das Uebrige Hauptschuldnerin sei, diese, daß auch nicht einmal die Hälfte in ihr Vermögen gekommen sei].

2) Ein ausgezeichneter Fall aber ist der der Authentica Si qua mulier, wenn eine Frau mit ihrem Ehemanne sich auf diese Weise verpflichtet hat. Hier spricht die Vermuthung, nach dem Verhältniß, in welchem sie zu dem anderen Schuldner steht, dafür, daß dieser allein der Hauptschuldner, daß für ihn die Schuld contrahirt ist. Daher liegt hier dem Gläubiger ausschließlich der Beweis ob, [daß wirklich die Hälfte in das Vermögen der Frau gekommen sei]. Dies sagt denn auch die Novelle[1] sehr klar: nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt.[2]

---

1) Nov. 134. c. 8.

2) (Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht, (daß die Frau beweisen müsse, sie sei auch in Rücksicht des Schuldantheils, wofür sie sich als Selbstschuldnerin bekannt hat, nur Intercedentin gewesen) z. B. v. Vangerow, Leitfaden für Pandekt.-Vorl. §. 581 Anm. 3. unter 2) b. Bd. 3. S. 168 f., Seuffert, prakt. Pandektenrecht §. 381 Anm. 4. Bd. 2. S. 291 wenden ein 1) jene Vermuthung sei eine bloße praesumtio hominis; dies ist sie so wenig wie die praesumtio Muciana, 2) sie gelte „nur für den Schuldantheil, in Ansehung dessen die Ehefrau (durch Uebernahme solidarischer Haftung) Intercedentin ist.“ Darin liegt eine

Siebentes Buch.
Die Rechte an Personen.

Erstes Kapitel.
Das eheliche Recht.

Von der Ehe überhaupt.

§. 411. 412.

Von den zwei Fragen, welche das Recht der Ehe beantwortet: wann ist eine rechtsgültige Ehe vorhanden? und: was hat eine solche für rechtliche Wirkungen? fällt nur die zweite in den Kreis dieser Vorträge.

Die erste, welche die Lehre von der Eingehung und Aufhebung der Ehe enthält, entscheidet sich für die Gegenwart nicht unmittelbar aus dem römischen Recht, obwohl auch hier dieses einen bedeutenden mittelbaren Einfluß gehabt hat, sondern aus dem canonischen und dem dasselbe weiter bildenden deutschen Kirchenrecht.[1]

Hier sollen nur einige Bemerkungen über die römischen Grundsätze, soweit sie zum Verständniß der Wirkungen der Ehe und ihrer richtigen Anwendung nöthig sind, ihren Platz finden. Die Principien, von welchen das römische Recht ausgeht, sind folgende.

Die Ehe beruht auf der Uebereinstimmung in das consortium omnis vitae. Sowie diese Uebereinstimmung vorhanden

---

petitio principii, 3) die Worte consentiat aut scribat bezögen sich bloß auf Intercessionen. Dies beweist zu viel, denn sie müßten auf cumulative beschränkt werden; warum aber sollten privative und stillschweigende ausgeschlossen sein? — Das Gesetz will offenbar verhüten, daß Frauen für die Schulden ihrer Ehemänner haftbar werden (vgl. Nov. 134. c. 7 und 9). Dies erreicht es auf einem doppelten Wege a) durch den Intercessionsschutz, b) durch Aufstellung jener Rechtsvermuthung. A. d. H.)

1) (Ebenso Arndts, Lehrbuch der Pandecten §. 393 S. 606, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. §. 131 Anm. 2. und 3. Bd. 3. S. 5 ff.; eine gedrängte Uebersicht der zur kirchenrechtlichen Seite des Eherechts gehörigen Verhältnisse giebt Seuffert, prakt. Pandektenrecht §. 442 ff. Bd. 3. S. 7 ff. Ausführlich handeln hierüber: Eichhorn, Grundsätze des Kirchen-Rechts Bd. 2. S. 296—519, Richter, Lehrbuch des K.-R. (4. Aufl. 1853) §. 248—273. S. 510—597, Mejer, Institut. des gem. deutsch. K.-R. §. 111—121. S. 238—270, Walter, Lehrbuch des K.-R. (11. Aufl. 1854) §. 294—324 a. S. 518—580. A. d. H.)

und wirklich ins Werk gesetzt ist, existirt die Ehe, ohne daß irgend eine bestimmte Form dazu gehörte. Also ist allerdings nicht der nudus consensus hinreichend, sondern das gemeinsame Leben muß auch wirklich begonnen haben; z. B. der Uebergang der Frau in das Haus des Mannes.

Ebenso ist aber consequenterweise auch die Ehe aufgehoben, sowie jene Uebereinstimmung aufhört. Zwar ist nicht die Fortdauer derselben in der Actualität, wie bei der Eingehung erforderlich (z. B. nicht Wahnsinn endigt die Ehe, wie den Concubinat), sondern es ist der entgegengesetzte Wille erforderlich, und eine Erklärung dieses Willens. Daher ist bis auf das neueste römische Recht die Privatscheidung geblieben, [das Institut der Ehescheidung durch richterliches Urtheil ist dem römischen Recht unbekannt]. Ungegründete Scheidungen sind [zwar von den späteren römischen Kaisern] mit [harten] Strafen bedroht, [aber dessenungeachtet ist doch die Scheidung gültig, wenn auch kein gerechter Grund dazu vorhanden war].

Die Ehe soll rein auf freiem Entschluß beruhen, daher denn auch aus dem Verlöbniß keine rechtliche Pflicht zur Eingehung der Ehe entstehen kann.

Die Wirkungen der Ehe sind doppelter Art: persönliche und Vermögenswirkungen. Die persönlichen sind der Natur der Sache nach nur Einzelheiten, da der größte Theil des ehelichen Verhältnisses nicht den Charakter eines Rechtes und einer rechtlichen Pflicht erhalten kann. Siehe das Nähere darüber im Lehrbuch §. 412. — Die juristisch bedeutendste Seite der Wirkungen sind die auf das Vermögen.

Einfluß der Ehe auf das Vermögen.

§. 413.

Der sittliche Begriff der Ehe ist: Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse. Es ist daher eine sittliche Anforderung, daß die Ehegatten auch ihr Vermögen als gemein betrachten. Diese Gemeinschaft des Vermögens kann eine rechtliche Form annehmen. So hat das deutsche Recht eine rechtliche[1] Gütergemeinschaft als

1) (So im Heft. Mündlich nach Parbs a. a. O. S. 91 „gesetzliche". A. d. H.)

rechtliche Folge der Ehe, und man könnte denken, dies sei die einzige vollkommene Form des ehelichen Güterrechts. Aber die Sache hat eine andere Seite, welche man gewöhnlich übersieht.

Das Verhältniß unter den Ehegatten während der Ehe wird durch diese rechtliche Form gar nicht gesteigert und veredelt. Dieses Resultat kann ebenso gut auch ohne Gütergemeinschaft erreicht werden. Die Gütergemeinschaft äußert ihre Wirkungen bei Weitem mehr theils gegenüber Dritten, z. B. Gläubigern, theils für die Gatten nach Aufhebung der Ehe. Es wäre ein Irrthum, zu glauben, das System der Gütergemeinschaft garantire eine größere Innigkeit des ehelichen Bundes, als das entgegengesetzte.

Das römische Recht nimmt einen anderen Standpunkt. Es ist von dem Bewußtsein durchdrungen, daß die Ehe eine Gemeinschaft des ganzen Lebens ist. Dessenungeachtet läßt es in dem Vermögen durch die bloße Ehe keine Veränderung eintreten, die Vermögen der beiden Gatten sind rechtlich aus einander gehalten; die Gemeinschaft wird als eine Sache der freien Gesinnung behandelt, es wird keine rechtliche Nothwendigkeit an deren Stelle gesetzt. Dadurch wird jene Folge vermieden, daß die Gemeinschaft weniger für die Ehe selbst, als außerhalb derselben wirksam wird.

Es ist nicht zu läugnen, daß dieses System der Vermögensgetrenntheit unter Umständen nachtheilige Folgen haben kann, unter Ehegatten nämlich, welche von der darin liegenden Freiheit einen schlechten, unsittlichen Gebrauch zu machen geneigt sind, die sich des Rechts bedienen, um eine schlechte Gesinnung ins Werk zu setzen, z. B. dem anderen Ehegatten das Seinige abzulocken, sich auf seine Kosten zu bereichern versuchen. Solchen Auswüchsen muß das Recht zuvorkommen, die Freiheit beschränken, wo sie das Verhältniß gefährden würde. Dies ist im römischen Recht in den hauptsächlichsten Beziehungen geschehen, z. B. durch das Verbot der Schenkungen. Manche Punkte werden so behandelt, wie wenn keine Vermögensgetrenntheit, sondern eine rechtliche Gütereinheit bestünde.

Das System der Vermögensgetrenntheit, welches dem römischen Recht zu Grunde liegt, heißt das Dotalsystem. Diese Benennung hat folgenden Grund. Der Mann trägt die Kosten

der Ehe; es ist nun natürlich,[2] daß ihm von Seiten der Frau etwas zugebracht wird als Beitrag zu denselben; dieser Beitrag vermehrt das Vermögen des Mannes und heißt dos, Heirathsgut. Dies läßt sich nur hier denken, nicht bei der Gütergemeinschaft.

Im heutigen Recht kommen beide Systeme vor: das deutschrechtliche der Gütergemeinschaft, oder wie man es besser nennen und dahin ausbilden sollte, der Gütereinheit, und das römische Dotalsystem. Ehen können mit dem einen und dem anderen geschlossen werden; es kommen aber auch Zwischenbildungen vor: beschränkte Gütereinheiten, so namentlich beschränkt auf den Erwerb während der Ehe, oder auf gewisse Erwerbungen, Errungenschaft, so daß dann in Beziehung auf das übrige Vermögen Getrenntheit besteht.

Hier ist lediglich das Dotalsystem vorzutragen.

Die Dos steht in wesentlicher Verbindung mit der Ehe, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Dos sind der Form nach die gewöhnlichen Vermögensverhältnisse: Eigenthum, Obligatio. Aber ihr Inhalt hat zugleich durch jene Verbindung einen besonderen Charakter angenommen. Die Rechte der Partheien, namentlich der Frau, sind ohne besondere Verträge schon ipso iure garantirt. Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Dos sind eheliche Vermögensrechte.

Zu dem übrigen Vermögen der Frau steht der Mann in keinem eherechtlichen Verhältniß; überläßt sie ihm die Verwaltung, so hat er sie durch diese Uebereinkunft, wie sie auch ein Dritter haben könnte, er steht in dieser Hinsicht in den gewöhnlichen obligatorischen Verhältnissen zu ihr.

Bei der Ehe mit Manus des alten Rechts ging alles, was die Frau hatte, in das Vermögen des Mannes über, kraft der Manus. Dieses Verhältniß darf nicht als eine Art Gütergemeinschaft betrachtet werden, denn dies war es nicht, und nicht als Folge der Ehe, denn es ist Folge jener Gewalt, welche in keinem wesentlichen Zusammenhang mit der Ehe steht. Im neuesten römischen Recht giebt es keine Manus mehr.

Sowie der Frau das verbleibt, was sie bei Eingehung der Ehe hat, so gehört ihr ebenso ausschließlich das, was sie während der Ehe erwirbt. Nur die Erwerbungen von dem Mann sind

2) (Mündliche Abwechselung nach Parbs a. a. O. S. 91: „billig". A. d. H.)

beschränkt durch das Verbot der Schenkung, (das übrigens auch umgekehrt gilt). Anderen Erwerb dagegen kann sie von dem Mann, wie auch von Anderen machen. In dieser Möglichkeit selbstständigen Erwerbs liegt eine Gefahr, eine Versuchung zu unsittlichem oder unanständigem Erwerb. Dieser Gefahr ist folgendermaaßen vorgebeugt. Von jedem Erwerb, den die Frau während der Ehe macht, kann sie angehalten werden, Rechenschaft zu geben, den Grund des Erwerbs anzugeben. Kann sie die Quelle nicht nachweisen, so wird angenommen, daß das Gut vom Mann herrührt, und zwar durch Schenkung, so daß es der Mann revociren kann: praesumtio Muciana. Der Grund dieser Bestimmung ist sehr einfach; es bleibt nur die Alternative, entweder eines turpis quaestus oder einer Schenkung von dem Mann. Das erste ist nicht anzunehmen, also bleibt nur das zweite, honestius est. Es bedarf also keiner besonderen historischen Erklärung, wie Manche sie versucht haben. Die Präsumtion setzt aber voraus, daß der Erwerb während der Ehe constatirt sei; dies muß der Mann erweisen, erst dann hat jene Präsumtion Statt.

Man hat gesagt, der Mann erwerbe das durch häusliche Dienste der Frau zu Wege Gebrachte, und er könne solche Dienste fordern. Dies ist ein verkehrter Ausdruck. Was die Frau als häuslichen Dienst leistet, ist ein Beitrag zu den onera matrimonii, es kommt dem Manne zu Gute, z. B. durch Ersparung der Bezahlung fremder Dienste. Die Frau kann es nicht zurückfordern oder sich bezahlen lassen, ohne schimpflich zu handeln. Aber über einen Zwang dazu existirt keine rechtliche Vorschrift. Ein Mann, der eine Klage darauf anstellte, würde eine Lächerlichkeit begehen, und ebenso das Gericht, welches sie annähme.

Eheliche Vermögensverhältnisse.

Dos.

Begriff.

§. 414.

Dos ist ein Beitrag zu den Lasten der Ehe, welcher von der Frau oder für sie gegeben und in das Vermögen des Mannes gebracht wird. Hierin liegt Folgendes:

1) Die Dos ist eine Vermehrung des Vermögens des Mannes. So verschieden diese möglich ist, so verschieden kann die Dos sein. Sie kann die Gestalt annehmen von Eigenthum, Usucapionsbesitz, ius in re, Erlaß eines solchen, Forderung, Erlaß derselben. Auch ein ganzes Vermögen kann zur Dos gegeben werden, aber in einem solchen Fall ist nie das Vermögen als universitas Gegenstand der Dos, sondern nur die einzelnen Bestandtheile desselben, es findet also keine Universalsuccession Statt. Das Vermögen ist daher zu verstehen als Vermögen nach Abzug der Schulden, aber der Mann haftet nicht für dieselben. Wo keine solche Vermehrung des Vermögens eingetreten ist, da ist auch keine Dos vorhanden.

2) Der Beitrag zu den Lasten der Ehe besteht in der Benutzung des Dotalgegenstandes während der Ehe. Keine Dos ist vorhanden, wenn der Mann nach Trennung der Ehe auch die Nutzungen alle zurückgeben soll.

3) Die Dos setzt das Bestehen einer rechtlich gültigen Ehe voraus. Nulla dos sine matrimonio. Ist eine Dos dem künftigen Mann versprochen, so kann sie nicht vor Eingehung der Ehe gefordert werden; ist etwas schon vorher gegeben, so kann es sofort in das Eigenthum des Mannes kommen, aber Dos ist es nie vor der Ehe. Daher kann [beim Ausbleiben der Ehe] die Zurückforderung auch nicht mit der Dotalklage geschehen, sondern nur mit der condictio causa data causa non secuta.

4) Dos ist nur, was entweder von der Frau oder für sie gegeben worden ist. Diese Beziehung auf die Frau ist wesentlich. Auch ein Extraneus kann eine Dos geben, es braucht ihn auch nicht gerade eine wohlwollende Gesinnung für die Frau allein dabei geleitet zu haben, aber er muß es doch für die Frau gegeben haben, (die Frau damit ausgestattet haben), sonst ist es keine Dos zu nennen.

5) Der Name Ausstattung bezeichnet im allgemeinen Sinn die Dos, insofern sie nicht von der Frau selbst herkommt, sondern von den Eltern oder einem Extraneus gegeben wird. Im engeren Sinn wird so genannt, was zur ersten Einrichtung des Haushalts gegeben wird. Es ist also ein Beitrag zu den onera matrimonii, und fällt mithin unter den Begriff der Dos. Ob es Gegenstände sind, welche der Mann mitbenutzt, indem sie unmittelbar dem Haushalt dienen, oder zunächst bloß der Frau die-

nende, z. B. Kleidungsstücke für sie, ist gleichviel. Denn da die Kosten dieser persönlichen Bedürfnisse auch dem Mann obliegen, so ist auch durch diese Gegenstände ein Beitrag zu den Lasten der Ehe gegeben.

Die Aussteuer wird auch nicht abweichend von dem sonstigen Dotalrecht beurtheilt, sie ist Dos wie eine andere. Es ist daher unrichtig, wenn Manche dem Mann das Periculum auferlegen, also Restitution in derselben Integrität fordern. Dies ist ebenso wenig hier, als bei der sonstigen Dos der Fall, wenn nicht eine Aestimation venditionis gratia geschehen ist.

Unrichtig ist es ferner, zu unterscheiden, ob neben der eigentlichen Aussteuer noch eine andere Dos besteht oder nicht. Dort ist sie ein Theil der Dos, hier ist sie die ganze Dos. Es bedarf auch nicht einer besonders erklärten Absicht, die Aussteuer zur Dos zu machen; daß sie Dos ist, liegt schon in ihrem Begriff. In einigen Particularrechten wird eine neben einer sonstigen Dos gegebene Aussteuer nicht als Dos behandelt. Dies ist dann aber bloß particulares, nicht gemeines Recht.

Bestellung der Dos.

§. 415.

Der Act, durch welchen die Dos entsteht, die Dosbestellung, ist das Geschäft, wodurch das Vermögen des Mannes zu dem Dotalzweck vermehrt wird. Alle Geschäfte, welche diesen Erfolg haben, sind auch zur Bestellung geeignet. Bestellung der Dos ist also nicht ein speciell abgesondertes Geschäft, sondern es ist eine Tendenz, eine Causa, die zu einem Geschäft irgend einer Art hinzutritt. Eine Eigenthumsübertragung, Bestellung eines ius in re, einer Forderung, Cession rc. wird zur Bestellung dadurch, daß sie dotis nomine geschieht. Diese Intention braucht auch nicht in einer besonderen Form, ja nicht einmal ausdrücklich erklärt zu sein, sie ist auch stillschweigend möglich. Daher kann eine stillschweigende Uebertragung der Dos von einer Ehe auf die andere geschehen; so wenn die Ehe geschieden wird, und die geschiedenen Ehegatten sich vor der Restitution der Dos wieder vereinigen.

Die Bestellungsweisen der Dos lassen sich unter zwei Classen bringen:

1) Datio dotis, dies ist ein Act, wodurch der Gegenstand der Dos sofort in das Vermögen des Mannes gebracht wird, namentlich durch sofortigen Uebergang des Eigenthums, Bestellung eines ius in re, Aufhebung, Cession einer Forderung, Befreiung des Mannes von der Forderung eines Dritten ꝛc., wobei aber immer vorausgesetzt wird, daß kein Versprechen vorhergegangen ist; in diesem Falle ist das Geben nicht Bestellung der Dos, sondern nur Erfüllung des Versprechens.

2) Promissio dotis, Versprechen des Dotalgegenstandes an den Mann, so daß dieser eine Forderung erhält. Auch hier ist schon sein Vermögen vermehrt, also schon durch die Promissio die Dos bestellt, (nicht erst durch die Numeratio). Nach justinianischem Recht ist keine Stipulation erforderlich, ja sogar schon eine nuda pollicitatio (ohne Acceptation)[1] bringt eine klagbare Obligatio hervor. Nach älterem Recht gab es neben der promissio eine dictio dotis; diese Form ist im neueren Recht weggefallen. Auf der anderen Seite ist die Wirkung eines Dotalversprechens eingeschränkt,[2] diese Einschränkung darf jedoch nicht so verstanden werden, als könnte die Dos erst zwei Jahre [nach Eingehung der Ehe] gefordert werden, [sondern wenn der Mann die Forderung so lange versäumt hat, darf er von da an Zinsen verlangen].

Die Bestellung einer Dos durch Legat, legatum dotis, kann unter beide Classen der Bestellung fallen: wenn dem Manne eine bestimmte Sache oder sonstiges Recht vermacht ist, welches ipso iure auf den Legatar übergeht, so ist es datio dotis; außerdem wo er erst eine Forderung gegen den Onerirten auf den Dotalgegenstand erhält, steht die Bestellung durch Vermächtniß der Promissio gleich.

Bei dieser ganzen Lehre ist es vornehmlich wesentlich, die Promissio selbst als Bestellungsact zu erkennen, so wie daß folglich

1) (Diese Annahme ist ohne Grund, da es hier keineswegs an einem handlungsfähigen Acceptanten fehlt, wie bei der Pollicitatio an eine Stadtgemeinde. Damit stimmt auch das geschriebene Recht überein. L. 6. C. de dotis promissione et nuda pollicitatione (5, 11) = L. 4. C. Th. de dot. (3, 13) hebt nur die sollennen Worte, nicht die Vertragsform selber auf; in vielen Stellen ist daher für Dictio „promissio“ interpolirt (z. B. L. 44. §. 1., L. 45. pr., L. 77. D. de iure dot. (23, 3), und wo pollicitatio substituirt ist, bezeichnet es entweder die Eheberedung im Allgemeinen (L. 6. C. cit., L. 43. §. 1. D. de C. E. (18, 1), oder die unförmliche einseitige Auslobung (z. B. L. 1. 13. C. de iure dot. (5, 12), L. 1. §. 8. D. de dot. coll. (37, 7), der aber immer eine wenigstens stillschweigende Acceptation des Mannes folgen muß. A. d. H.)

2) Siehe Note g des Lehrbuchs.

die Numeratio nicht die Bestellung ist. Viele Juristen vermischen die Bestellung und die Numeratio, so z. B. Mühlenbruch. Darauf beruht auch der Sprachgebrauch, Verbalillation und Realillation; diese Ausdrücke sind ganz falsch. Verbalillation ist keine Illation, auf der anderen Seite Illation keine Bestellung, sondern Ausführung derselben.

Eine Dos existirt nicht vor der Ehe. Dessenungeachtet kann die Bestellung vor der Ehe geschehen, aber sie geschieht als dotis constitutio unter der [stillschweigenden] Bedingung, daß die Ehe erfolgt. Die dotis promissio vor der Ehe begründet also nur eine bedingte Forderung, welche vor der Ehe nicht geltend zu machen ist, und die untergeht, wenn die Ehe nicht erfolgt. Die datio dotis dagegen kann das zu übertragende Recht schon vor der Ehe in das Vermögen des Mannes bringen, wenn nicht noch besonders die Bedingung gesetzt ist, daß die Wirkung erst mit der Eingehung der Ehe eintreten soll. Ebenso ist es mit dem Usucapionsbesitz (pro dote, oder bei Unmöglichkeit der Ehe pro suo).

Einen besonderen Einfluß auf den Gegenstand kann eine Aestimation haben, welche mit der Bestellung der Dos an Sachen verbunden wird. Diese Aestimation kann

1) in der Absicht beigefügt werden, daß der Gegenstand der Dos nicht die gegebenen Sachen, sondern die Summe ihres Werthanschlags sein soll. Das Verhältniß wird also wie ein Kauf behandelt und der Kaufpreis ist der Dotalgegenstand. Dies ist aestimatio venditionis gratia, dos aestimata im eigentlichen Sinn. Der Empfänger wird irrevocabler Eigenthümer der gegebenen Sachen, er trägt das Periculum. Die Aestimation kann auch unter einer Bedingung geschehen, z. B. unter der Bedingung, daß die Sachen nicht in natura vorhanden seien, oder abhängig gemacht werden von dem Willen dessen, an den die Dos zu restituiren ist. Immer tritt diese Aestimation erst in Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt, wo die Dos entsteht, (denn es ist dos aestimata), also erst mit Eingehung der Ehe. Dadurch wird der obige Satz von dem Uebergang des Eigenthums vor der Ehe modificirt, der Mann soll hier unwiderruflicher Eigenthümer werden; dies wird er erst mit der Ehe, also wird er auch überall erst Eigenthümer zu dieser Zeit, es ist eine Suspensivbedingung vorhanden, vorher ist er nur Besitzer; dasselbe gilt auch von dem Usucapionsbesitz.

2) Die Absicht der Aestimation kann die sein, den Werth bloß für den etwaigen Fall anzuschlagen, daß der Mann künftig in den Werth condemnirt werden wird, weil er die Sachen nicht in natura leisten kann, und diese Unmöglichkeit durch Dolus oder Culpa herbeigeführt hat. Eine solche Aestimation heißt aestimatio taxationis gratia. Hier ist die Dos inaestimata, der Gegenstand wird nicht verändert, die Aestimation hat daher auf die Rechte der Partheien gar keinen Einfluß, außer daß sie des künftigen Beweises des Werths überhebt.

Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Dos während der Ehe.

§. 416. 417.

Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Dos während der Ehe bestimmen sich durch die Concurrenz zweier Rechte: das Recht des Ehemanns, in dessen Vermögen die Dos durante matrimonio ist, also ein Recht von gegenwärtiger Wirksamkeit, und das Recht dessen, an welchen die Dos soluto matrimonio kommt, ein Recht, dessen Wirksamkeit in der Zukunft liegt. Nach eherechtlicher Regel ist es die Frau, an welche die Dos fällt. Bei ihr tritt zu diesem Recht noch ein gegenwärtiges Interesse, daß die Dos zum Besten der Ehe bestimmt ist, in welcher sie gegenwärtig lebt, daß sie also schon jetzt einen Vortheil haben kann. Dieses gegenwärtige Interesse ist aber ein bloß factisches, es hat nicht die Form eines Rechts; die Frau hat zwar einen rechtlichen Anspruch auf Sustentation durch den Mann, dieser Anspruch leitet sich aber nicht aus der gegebenen Dos ab, denn sie hätte ihn auch ohne die Dos. Das Recht der Frau ist also ein in der Zukunft wirksames. Dennoch giebt ihr dieser Umstand, daß es ihre Dos ist, welche künftig an sie kommen wird, schon gegenwärtig gewisse Rechte. Siehe die vier Fälle, in denen ihr Recht schon während der Ehe wirksam wird, im Lehrbuch.[1] Note e des Lehrbuchs: Zu §. 416.

---

1) (Die Frau ist nämlich: a) durch Besitz eines Dotalgrundstücks der Cautionen überhoben, von denen der Besitz unbeweglicher Güter befreit, b) wenn die Dos dem Manne evincirt wird, hat sie die Klage gegen ihren Auctor, c) sie kann die Dos selbst zurückfordern, wenn der Mann insufficient wird, oder gar in Concurs kommt. — Von einer Rückforderung durch den Curator oder die Cognaten im Fall des Wahnsinns der Frau, oder der schlechten Verwaltung der Dos Seitens' des Mannes — Parbs a.a.O. S. 92 — enthält die interpo-

Durch die Restitution der Dos wegen zu befürchtender Insolvenz oder Concurses des Mannes hört die Dos nicht auf, diese Eigenschaft zu haben. Daher muß sie zum Besten der Ehe verwendet werden, nur steht sie unter der Verwaltung der Frau, nicht des Mannes. Wenn die Dos nicht an die Frau, sondern an den dritten Besteller zurückfällt, so macht dieser die Forderung mit derselben Beschränkung geltend, [d. h. er muß die Früchte der Dos für die Ehe herausgeben, so lange diese dauert].[2]

Das Recht der Frau bestimmt sich während der Ehe rein als eine Forderung, und das ist auch nicht durch den Rückfall ipso iure abgeändert, welcher nach justinianischem Recht, aber doch nur zum Behuf der Restitution stattfindet. Die Frau ist Eigenthümerin von dieser Zeit an, aber daß sie vorher nicht Eigenthümerin war, ist dadurch nicht aufgehoben. Der Mann ist Eigenthümer und dadurch ist von selbst das Eigenthum der Frau ausgeschlossen. Ebendarum ist ihr auf mannigfache Weise ihr Recht gesichert, Sicherungsmittel, die größtentheils entbehrlich sein würden, wenn sie Eigenthümerin wäre.

Justinian gebraucht einmal, um jenen von ihm eingeführten Rückfall zu motiviren, das schiefe Argument, es sei eine juristische Subtilität, daß der Mann Eigenthümer werde, der natürlichen Anschauung nach erscheine eigentlich die Frau als Eigenthümerin. Er selbst hütet sich wohl, jene angebliche Subtilität aufzuheben, es ist bei ihm nur eine Phrase. Die modernen Juristen haben sich schon seit dem Mittelalter öfters durch den Wunsch leiten lassen, die Rechte der Frauen zu erweitern, und zu diesem Behuf von jener Phraseologie einen ganz ungeeigneten Gebrauch gemacht. Manche sind so weit gegangen, das Recht des Mannes als einen bloßen

---

lirte L. 22. §. 8. D. sol. matr. (24, 3) kein Wort, vielmehr soll dann die Dos sequestrirt werden. — Eben so unbegründet ist das zu Note c des Lehrbuchs angeführte vierte Recht der Frau, daß sie die Hälfte des von dem Manne auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes fordern könne. Diese wird nicht sogleich, sondern als Theil des Dotalcapitals erst nach getrennter Ehe gefordert, siehe L. 7. §. 12. D. sol. matr. (24, 3): — — in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur (sc. soluto matrimonio) quasi in alieno inventi. A. d. H.)

2) (Der folgende Satz: „Aber auch die Frau kann hier doch ebenfalls klagen, weil sie das Interesse der Verwendung hat, nur ohne ihre Privilegien" ist im Heft von der eigenen Hand des Verfassers eingeklammert. Mit Recht: eine Klage der Frau gegen den Mann auf Restitution der Dos neben der Klage des Dritten würde diesen zwiefach verpflichten. Ihr Interesse der Verwendung begründet nur einen Anspruch auf Sicherstellung. A. d. H.)

Usufructus zu behandeln, eine Ansicht, welche in einige Particularrechte übergegangen ist. Andere haben versucht, sich näher an das römische Recht anzuschließen, und bei Beiden, Mann und Frau, ein gleichzeitiges Eigenthum angenommen. Diese ganz unrömische und unnütze Meinung hat verschiedene Gestalten angenommen,[3] in jeder ist sie völlig unstatthaft. Dieser Irrthum war längst überwunden, als er in der neuesten Zeit wieder aufgewärmt wurde in einem Buch, in welchem dieser Fehler die Entschuldigung für sich hat, daß er weder der einzige, noch sogar der gröbste ist, der darin vorkommt.

Der Mann ist stets Eigenthümer der Dotalsachen, aber er kann irrevocabler oder revocabler sein. Irrevocabler Eigenthümer ist er bei fungiblen und bei venditionis causa ästimirten Sachen; diese Sachen kann man aber dann nicht eigentlich mehr Dotalsachen nennen, [sondern Gegenstand der Dos ist die Summe], revocabler [Eigenthümer ist er] bei nicht fungiblen Sachen, welche nicht, oder bloß taxationis gratia ästimirt sind. Der Endtermin aber macht sein Eigenthum nicht zu einem unvollkommenen, nur hat die Lex Julia eine Beschränkung eingeführt: das Veräußerungsverbot bei Grundstücken.

Das Veräußerungsverbot trifft nur das Dotalgrundstück, daher nicht den fundus venditionis causa aestimatus, ferner nicht nach einer späteren permutatio dotis. Das Veräußerungsverbot tritt von dem Augenblick ein, wo der Mann Eigenthümer geworden ist, [aber auch nicht früher], daher ist eine Usucapion eines Dritten gültig, wenn sie vorher begonnen hat, [während sie nachher nicht beginnen kann]. Das Verbot ist aber auch ausgedehnt worden auf das Eigenthum des Bräutigams, obwohl das Grundstück hier noch nicht Dotalfundus ist, ferner auf das Eigenthum des Mannes oder seiner Erben nach Trennung der Ehe. Auch bei der putativen Ehefrau gilt es, wenn sie in bona fide ist. Das Gesetz hat aber nur den Zweck, der Frau die Sache zu sichern. Daher tritt es nicht ein, wenn die Dos nicht an die Frau oder ihre Erben fällt. Die Veräußerung convalescirt, insofern der Mann die Dos lucrirt, er kann die Sache nicht vindiciren.

Das Vindicationsrecht des Mannes ist Gegenstand einer

---

3) Siehe Note g des Lehrbuchs.

Controverse. Nach älterem Recht fielen die Dotalsachen nicht ipso iure an die Frau, sondern sie wurde nur durch Restitution Eigenthümerin. Sie konnte, wenn der Mann den Dotalfundus veräußert hatte, die Cession der Vindication von diesem fordern. Dies setzt voraus, daß der Mann die Vindication hat. Damit stimmt auch überein, daß ihm die Vindication besonders abgesprochen wird, im Fall er die Dos lucrirt, was ohne jene Voraussetzung nicht nöthig gewesen wäre. — Die Frage kann also nur die sein, ob der Mann die Vindication noch während der Ehe hat. Da sich die definitive Ungültigkeit doch erst nach Aufhebung der Ehe entscheidet, so ist ihm die Vindication abzusprechen.

Ist Miteigenthum zur Dos gegeben, so kann der Mann auch nicht die Theilungsklage anstellen, der andere Theilhaber wohl, weil das ius quaesitum eines anderen durch das Veräußerungsverbot nicht geschmälert wird.

Dotalklage.

§. 418.

Nach Aufhebung der Ehe kann die für dieselbe bestimmte Dos dem Mann pacificirt sein, dann fällt natürlich jede Forderung weg; der Begriff der Dos hat dann nur für die Entstehung eine Bedeutung, nicht nach derselben, während und nach der Ehe ist hier von der Dos nicht mehr die Rede, da sie gänzlich in das übrige Vermögen des Mannes aufgegangen ist. Dies setzt aber voraus, daß kein Recht der Frau dadurch geschmälert wird. Ein Extraneus, welcher die Dos giebt, kann schlechthin dahin pacisciren, da er ja auch gar keine Dos geben konnte, nur muß er es gleich bei der Bestellung thun, denn sonst hat die Frau ihr Recht schon erworben. Der der Frau Verpflichtete, so namentlich der Vater, kann dem Mann nur für den Fall die Dos paciscиren, daß die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird.

Der Regel nach hat der Mann die Dos zu restituiren. Manchen Personen steht die Forderung schon ipso iure, nach Eherecht, zu, wenn nur nichts anderes gültig verabredet worden ist; diese Personen sind die Frau, ihre Erben, ihr Vater, wenn er die Dos bestellt hat. Andere können die Dotalforderung nur durch ein Geschäft erhalten, durch welches ihnen die Restitution

versprochen ist. Dies gilt namentlich von dem fremden Besteller der Dos, dos recepticia. Wer die Forderung der Dos nur kraft eines besonderen Vertrages hat, außerdem nicht haben würde, der hat die Forderung auch nur wie eine sonstige Forderung; daß der Gegenstand eine Dos ist, giebt ihr keine besondere Behandlung, es finden hier keine eherechtlichen Grundsätze Statt.

Wenn die Dos dagegen an eherechtlich berechtigte Personen fällt, so war auch hier nach altem Recht ein Unterschied, ob die Restitution durch eine Stipulation versprochen war, oder ob die Forderung nur und allein auf das Eherecht gegründet wurde.

Nach Eherecht war die Klage die rei uxoriae actio, eine bonae fidei actio; im Fall einer Stipulation die gewöhnliche actio ex stipulatu, als stricti iuris actio, welche in ihrer ganzen Strenge angewendet wurde ohne Rücksicht auf das Verhältniß der Ehe, welches zwischen den Partheien bestand. Sie stand auch den Erben zu und es galt bei ihr nicht das edictum de alterutro, wodurch der Gegenstand der rei uxoriae actio, der wahrscheinlichen Intention des Testators gemäß beschränkt wurde. [Wenn nämlich der Mann seiner Frau etwas vermacht hatte, so konnte sie nicht beides zugleich fordern, Dos und Legat, sondern hatte nur die Wahl zwischen beiden; dies fiel weg, wenn sie sich eine besondere Stipulation hatte geben lassen, sie konnte also das Legat fordern und außerdem ihre Dos mit der actio ex stipulatu.] Ferner fiel bei der actio ex stipulatu die Competenzwohlthat des Mannes weg, die bei der actio rei uxoriae eintrat, [so wie auch die bei dieser zulässigen Retentionen]. Die Stipulationsklage war also vortheilhafter für die Frau.

Justinian hat dies geändert[1] und bestimmt, daß die Dotalklage für die eherechtlich berufenen Personen stets dieselbe Natur haben soll, mag eine Verabredung bestehen oder nicht, (dies gilt aber nur für jene, nicht für die lediglich durch Vertrag zu Berechtigenden). Es giebt also jetzt nur Eine Dotalklage, gewisse Vortheile der Stipulationsklage sind auf sie übertragen worden, z. B. das edictum de alterutro fällt weg, die Klage geht auf die Erben. Daher hat Justinian den seltsamen Einfall, die Klage solle immer actio ex stipulatu heißen, (ohne Zweifel bequemte

1) Cod. V. 13: de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.

sich der Redigent des Gesetzes damit der Fassungskraft seiner Zeitgenossen), der Name actio rei uxoriae wurde abgeschafft. Wir werden die Klage passender actio de dote, Dotalklage nennen.

Bloß von dieser eherechtlichen Klage ist in den folgenden Paragraphen die Rede, die Geschäftsklage auf die dos recepticia hat keine besondere eherechtliche Theorie.

Kläger und Beklagter.

§. 419.

Kläger mit der Dotalklage können sein: die Frau, ihre Erben, der Vater der Frau. Wir haben hier vor Allem die Frage zu beantworten: wer ist es in einem bestimmten Fall, und in welcher Ordnung kommen sie daran? Die Ordnung, in welcher diese Personen berufen werden, kann theilweise, [nur nicht zum Nachtheil der Frau], durch Vertrag bestimmt werden, außerdem gilt Folgendes. Es ist ein Unterschied zwischen dos profecticia und adventicia. Letztere ist ein negativer Begriff, adventicia ist jede Dos, welche nicht profecticia ist. Profecticia ist diejenige Dos, welche aus dem Vermögen des Vaters oder eines väterlichen Ascendenten der Frau gekommen ist, gleichviel ob diese selbst den Act der Bestellung vorgenommen haben oder nicht. Es muß aber dieser Bestellung eine wirkliche Aufopferung zu Grunde liegen, nicht ein bloßes Ausschlagen eines Gewinns; wenn z. B. der Vater dotis nomine ein Legat aufgiebt, welches ihm der Mann zu leisten hatte, so ist dies eine Dos, aber eine adventicia: nil erogavit de suo, sed non adquisivit. Auch was ein Anderer giebt, kann dos profecticia sein, wenn er es mit dieser Intention giebt, (wie wenn er es wirklich zuerst in das Vermögen des Vaters gebracht hätte). Nicht aber schon darum ist die von einem Anderen bestellte Dos profecticia, weil er sie aus Freundschaft für den Vater gegeben hat. Endlich ist es gleichgültig, ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt ist oder nicht.

Die dos adventicia fällt an die Frau und ihre Erben.

Bei der dos profecticia ist der, aus dessen Vermögen sie gekommen, ebenfalls [eherechtlich] berechtigt. Vor Allem kann sie demselben stipulirt werden für jeden Fall. Dies muß aber geschehen, ehe die Dos entstanden ist, denn sonst hat die Frau schon die Rechte daran erworben, welche ihr nicht mehr ohne ihre Ein=

willigung geschmälert werden können. Abgesehen davon, stellt sich die Ordnung so:

1) Ist die Ehe getrennt beim Leben der Frau, durch Tod des Mannes oder durch Scheidung, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) die Frau ist frei von der väterlichen Gewalt, was heutzutage die Regel ist; hier ist sie allein (resp. ihre Erben) die Berechtigte;

b) die Frau ist noch in potestate des Gebers; hier sind beide berechtigt, die Frau und der Vater (oder der väterliche Ascendent). Der Vater klagt, aber er hat dazu die Einwilligung der Tochter nöthig, da die Dos für eine zweite Ehe rc. bewahrt werden soll und als Eigenthum der Tochter behandelt wird, (nur wenn diese die Einwilligung ohne Grund oder dolose versagt, handelt der Vater ganz allein). Wird die Dos der Tochter allein restituirt, so ist der Verpflichtete nicht frei gegenüber dem Vater, ausgenommen wo diesem entgegengehalten werden kann, daß er dolo oder contra bonos mores handle, die Restitution nicht anzuerkennen. Es sind dieselben Gründe, aus denen der Frau während der Ehe restituirt werden kann.

2) Ist die Ehe getrennt durch den Tod der Frau, so fällt die Dos zuerst an den Vater, erst wenn er nicht mehr lebt, an die Erben der Frau, gleichviel welche Erben, auch Kinder haben kein Vorrecht vor dem Vater. Viele Juristen haben früher behauptet, die Kinder aus dieser Ehe gingen dem Vater vor. Diese Meinung hat auch Eingang in mehrere Particularrechte gefunden, gemeinrechtlich aber ist sie falsch; die alte retentio propter liberos, auf welche man sie hat zurückführen wollen, ist von Justinian aufgehoben. Die neueste Ansicht ist die von Francke, welcher den Vorzug der Kinder auf den Fall beschränken will, wenn die Frau sui iuris war, [während der Vater den Kindern vorginge, wenn die Frau noch in seiner Potestas gewesen (vgl. Note b des Lehrbuchs)]. Auch in dieser Beschränkung ist die Meinung unzulässig. Man muß nicht vergessen, daß auf den Begriff der dos profecticia, auf den sich das Recht des Vaters gründet, die Gewalt keinen Einfluß hat, also kann sie auch keinen Einfluß haben auf das Recht des Vaters, dem nur die Frau selbst entgegensteht, nicht andere Personen.

Beklagter ist der, dem die Dos bestellt worden ist. Regelmäßig ist dies der Ehemann, natürlich auch seine Erben, (auf welche das Dotaleigenthum mit dem Veräußerungsverbot der Lex

Julia übergeht). Auch der Vater des Ehemanns kann der Beklagte sein, wenn ihm die Dos bestellt ist, hier ist der Ehemann nur als Erbe des Vaters verpflichtet. Umgekehrt haftet der Vater mit dem Sohn, wenn auf seinen Befehl [die Dos] dem Sohn bestellt ist.

Begründung der Klage.

§. 420.

Die Klage entspringt aus der zwischen dem Beklagten und dem Kläger bestehenden Obligatio. Diese entsteht durch die Bestellung der Dos. Die Bestellung muß aber eine wirksame sein, d. h. sie muß eine wirkliche und reelle Vermehrung des Vermögens zur Folge haben. Dies kann nicht bloß durch Datio geschehen, sondern auch durch Promissio, wenn sie jenen Effect hatte, also dem Mann eine Klage verschaffte, durch welche er das Versprochene erhalten konnte. Diese Begründung der Klage reicht vollkommen hin, wenn ein Extraneus die Dos bestellte, die Frau braucht nur die Bestellung (Promissio) zu beweisen. Hat der Mann die Effectuirung des Versprechens versäumt, so ist dies auf seine Gefahr geschehen, der Frau wird ihr Recht dadurch nicht geschmälert. Hierin insonderheit liegt das Interesse der richtigen Auffassung des Begriffs der Bestellung.

Wenn die Dos von der Frau oder ihrem Vater ausging, so kommt zu diesem Erforderniß der Bestellung noch ein anderes hinzu. Die promissio dotis ist nicht hinreichend, die numeratio muß erfolgt sein, damit der Kläger sich nicht auf Kosten des Mannes bereichere. Soll die Numeratio bewiesen werden durch einen Empfangschein des Mannes, so ist dieser je nach der Dauer der Ehe noch in seiner Beweiskraft beschränkt, siehe das Lehrbuch. Der Numeration steht gleich die Novation, wenn vermöge derselben ein Anderer zahlen sollte, als der Kläger.

Bei der Frage nach dem Einfluß des Untergangs oder der Minderung des Dotalgegenstandes ist der Fall der prästablen Schuld des Verpflichteten auszuscheiden. Ferner sind auszuscheiden fungible Sachen und dos aestimata, weil hier der Gegenstand nicht untergehen kann.

Außer diesen Fällen wird der Mann durch Untergang oder Minderung des Dotalgegenstandes frei, wie ein anderer debitor speciei. Dem Untergang steht gleich die Eviction des Gegen-

standes. Bei der dos aestimata hat der Mann einen Evictionsanspruch wie ein Käufer, was er evictionis nomine erhält, wird Dotalgegenstand und muß künftig restituirt werden. Bei der dos inaestimata hat er keinen Evictionsanspruch gegen den Besteller, [weil nicht ihm, sondern der Frau evincirt ist, er wird aber dadurch von der Restitutionspflicht befreit]. Nur wenn die promissio dotis auf ein Genus ging und eine fremde Sache geleistet wurde, ist die Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, es kann also wieder aus der Promissio geklagt werden. Außerdem hat der Mann nur noch einen Anspruch gegen den Besteller, wenn dieser wissentlich und um den Mann zu täuschen, eine fremde Sache gegeben hat.

Ist eine Forderung Gegenstand der Dos, so bestimmt sich das Periculum folgendermaaßen. Ist eine bloße Cession geschehen, so hat der Mann nur Culpa zu prästiren; wird also der Schuldner insolvent, so haftet er nicht. Anders ist es bei der Delegation; hier hat er die Forderung eben so übernommen, wie ihren Gegenstand selbst, wenn dieser schon geleistet wäre. Es kommt also auf die Beschaffenheit des Gegenstandes an, siehe das Lehrbuch: [ist es eine individuelle Sache, so wird er durch den Untergang befreit; ist es eine Summe, so trägt er das Periculum]. Ist endlich der Mann selbst der Schuldner, [Erlaß einer Schuld dotis nomine, so ist er vollkommen verpflichtet], gerade wie bei der Delegation, also wie wenn er bezahlt und den bezahlten Gegenstand als Dos wieder zurückbekommen hätte.

Die Zeit der Restitution siehe im Lehrbuch.

Der Mann darf die Dos nicht während der Ehe der Frau restituiren, auch wo sie die alleinige Berechtigte ist. Dies würde für die Frau sehr gefährlich werden können, und deshalb wird der Mann durch eine solche vorzeitige Restitution nicht befreit. Eine Ausnahme tritt ein, wenn die Restitution zum Vortheil der Frau geschieht, z. B. wegen zu befürchtender Insolvenz des Mannes, oder um die Schulden der Frau zu bezahlen, oder wegen Ankauf eines Grundstücks für sie. Immer ist der Mann befreit, soweit die Frau noch zur eigentlichen Restitutionszeit bereichert ist. Es giebt aber auch noch iustae causae einer vorzeitigen Restitution, welche von einem Vortheil der Frau unabhängig sind, wo die Anfechtung contra bonos mores wäre. Manche Juristen übersehen diesen Gedanken der Sache und kom-

men auf die vernunftlose Ansicht, die in unseren Quellen zufällig erwähnten Beispiele seien als die ausschließlichen Fälle anzusehen. Dies hängt zugleich damit zusammen, daß man übersieht, auf welchem Grund die ganze Beschränkung der vorzeitigen Restitution ruht. Dieser Grund ist nicht das Schenkungsverbot, sondern nur die Rücksicht auf den wahren Vortheil der Frau. Die Zurückgabe der Dos selbst ist keine Schenkung des Capitals, sie könnte nur eine Schenkung der Früchte sein. Von diesem Gesichtspunkt wird es aber nicht aufgefaßt. Auch wo gar nicht von einer Schenkung die Rede sein kann, ist die Restitution doch nicht [vor der Zeit] zulässig.

Gegenstand der Klage.

§. 421.

Zu Note f des Lehrbuchs:[1]

Die Früchte des letzten Jahres, in welchem die Ehe getrennt wurde, werden unter den beiden Parteien getheilt. Der Mann erhält einen der Dauer der Ehe in diesem Jahr entsprechenden Theil, z. B. ein Drittel, wenn die Ehe vier Monate dieses Jahres gedauert hat. In der L. 7. D. cit. wird folgender Fall entschieden. Das Grundstück ist zur Zeit der Weinlese zur Dos gegeben, der Mann hat die Ernte bezogen und das Grundstück vom 1. November an verpachtet, am letzten Januar ist die Scheidung erfolgt, die Ehe hat vier Monate gedauert. Papinian entscheidet: die Weinernte vom vorigen Jahr und der dreimonat-

1) L.7.§.1.2.D.sol. matr. (24,3): Papinianus autem libro XI. quaestionum, divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est, alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Ianuarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. E contrario quoque idem observandum est. Nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex Calendis Martiis eundem locaverit, et Calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit.

liche Pachtzins sollen zusammengeworfen werden, von diesem Quantum soll der Mann ein Drittel bekommen.

Ueber diese Stelle sind sehr verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Nach der Ansicht Duaren's erhält der Mann von den gesammten Früchten eines jeden Jahres, (also Fruchtjahrs) einen der Dauer der Ehe entsprechenden Theil. In unserem Falle also $\frac{1}{12}$ der Weinernte und $\frac{1}{4}$ des Pachtzinses, was zusammen $\frac{4}{12}$ oder $\frac{1}{3}$ ausmacht. Aber es ist die Rede von verschiedenen Ganzen. Die Stelle spricht von einem Zusammenwerfen verschiedener Größen, aber nicht von einer Vermengung von Quoten verschiedener Gegenstände. Nach der Ansicht des Connanus soll der Mann ein Drittheil eines Fruchtjahrs haben, dessen Ertrag nach den zwei Jahren bestimmt wird, also ein halbes Drittel der Ernte, ein halbes Drittel des Pachtzinses. Auch dies steht nicht in der Stelle. Wenn vom Fruchtjahr die Rede wäre, so wäre nicht abzusehen, warum man auf das vorige Fruchtjahr recurriren müßte. — Die Meinung des Duaren empfiehlt sich dem oberflächlichen Verstand und einem dürftigen Rechnungssinn am meisten, daher hat sie vielen Beifall gefunden.

Die richtige Meinung ist:

1) Das Jahr, von dem es sich handelt und dessen Früchte zu vertheilen sind, ist das Dotaljahr, nicht das Fruchtjahr. Wäre dieses vollendet, hätte die Ehe gedauert bis zum 1. October, so würde gar keine Theilung stattfinden, [sondern alle Früchte dem Manne zufallen].

2) Durch die volle Ernte sollte der Mann einen Vortheil haben.

3) Dieser würde kein Bedenken haben, wenn das Jahr der Trennung das zweite, dritte rc. wäre; hier wäre die Ernte und $\frac{1}{12}$ des Pachtzinses das Ganze, von welchem er ein Drittel bekäme. Dies muß als regelmäßige Entscheidung gelten.

4) Im vorliegenden Falle ist dieses Resultat unbillig, da die Ehe schon im ersten Jahre getrennt, da offenbar bei jener dem Manne günstigen Dosbestellung eine längere Dauer vorausgesetzt ist. Dies wird nun dadurch berücksichtigt, daß zur Ernte nur die drei Monate des Pachtzinses hinzugeschlagen werden [und von dieser Summe bekommt er dann ein Drittel]. Der Grund ist: so wie die ganze Ernte in das Quantum hineinfällt, weil die Ehe vor ihr angefangen hat, so nicht der ganze Pacht-

zins, weil die Ehe nicht die Zeit hindurch gedauert hat. Die Entscheidung ist also eine Singularität, welche nur durch die kurze Dauer der Ehe und die individuellen Umstände hervorgerufen ist. Eine allgemeine Regel soll nicht gegeben werden, der Irrthum liegt darin, daß man diese gesucht hat.

Pacta dotalia.

§. 422.

Jeder, an den die Dos fallen kann, kann darüber paciscíren, nur nicht zum Nachtheil eines anderen Berechtigten.

Die Beschränkungen der pacta dotalia siehe im Lehrbuch.

Ad 1) des Lehrbuchs: Dahin gehörte im alten Recht die Verabredung, es solle keine retentio propter mores Statt finden wegen übler Aufführung der Frau, die zur Scheidung Veranlassung giebt. Dies ist im neueren Recht auf die Nachtheile der Ehescheidung und die Strafe für den schuldigen Theil anzuwenden. Eben so die Ausschließung der Competenz des Mannes.

Ad 2) des Lehrbuchs: Es kann nicht festgesetzt werden, daß der Mann die Dos nicht während der Ehe fordern solle, weil er sie dann nie bekommt, daß er alle Früchte der Dos restituiren soll, daß ihm die impensae necessariae nicht ersetzt werden ꝛc.

Ad 3) des Lehrbuchs: Es kann kein späterer Rückforderungstermin verabredet werden, keine Herabsetzung der Culpa, welche der Mann zu prästiren hat. Eine Schmälerung der Rechte der Frau ist nur möglich zu Gunsten der Kinder, wenn die Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung getrennt werden würde.[1]

In Deutschland sind die pacta dotalia häufig zugleich Erbverträge. Nach römischem Recht [konnten sie das schon deshalb nicht sein, weil es dort keine Erbverträge gab, wohl aber] können sie eine mortis causa donatio enthalten; die letzteren pacta dotalia nennt man mixta, die anderen [zugleich einen Erbvertrag enthaltenden aber pacta dotalia] simplicia, [weil jene etwas

1) (Im Heft sind diese Beschränkungen eingeklammert. A. d. H.)

Letztwilliges, also Revocables enthalten, nicht aber die mit einem Erbvertrag verbundenen].[2]

Von den Paraphernen. Donatio propter nuptias.

§. 423. 424.

Siehe das Lehrbuch.

Unwillkührliche Vermögenswirkungen der Ehe.

Von den Schenkungen unter Ehegatten.

§. 425.

Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig nach altem Gewohnheitsrecht. Eine höchst oberflächliche Betrachtung hat aus diesem Satz dem römischen Recht einen Vorwurf machen wollen; es liege ein Haß darin gegen Gütergemeinschaft, eine alberne Behauptung, als wenn durch Schenkungen eine Gemeinschaft entspränge.

Die Sache verhält sich gerade umgekehrt. In der Gemeinschaft der Güter sind Schenkungen unmöglich, sie sind hier iure communi ausgeschlossen. Möglich werden sie erst durch die Vermögensgetrenntheit; dies ist ein Punkt, wo dieses System den Charakter der Ehe gefährden kann. Der liebevollere Gatte wird zu Schenkungen geneigt sein, der lieblosere wird davon den Gebrauch machen, sich auf Kosten des Anderen zu bereichern. Hier wird eine Beschränkung das Systems nöthig, es wird etwas von dem System der Gütergemeinschaft entlehnt, was nun hier als Singularität erscheint. Kein Ehegatte soll sich auf Kosten des anderen bereichern; was jedem die wahre eheliche Gesinnung eingeben sollte, wird hier zu einer rechtlichen Nothwendigkeit erhoben, die Schenkung hat keine Rechtsbeständigkeit. Im römischen Recht entstand dieser Rechtssatz ohne Zweifel mit dem Ueberhandnehmen der freien Ehe neben der strengen. Bei der letzteren war eine Schenkung unmöglich, und dies wurde auf die freie Ehe durch singulären Rechtssatz übertragen.

---

2) (Vgl. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (5. Aufl. 1845) §. 347. S. 815 ff., Gerber, System des deutsch. Priv. R. (4. Aufl. 1853) §. 261. A. d. H.)

Nur Schenkungen sind ungültig, nicht andere Geschäfte, es ist also namentlich der animus donandi, die Absicht, sein Vermögen zu mindern und den Beschenkten zu bereichern, nothwendig; wo nicht dieser Erfolg oder diese Absicht vorhanden ist, ist es auch keine Schenkung. So wenn eine fremde Sache geschenkt wird, ferner Nichtabzug der falcidischen Quart, Ausschlagen eines Legats, Geben einer Grabstätte, zu Luxusartikeln, wenn beide Ehegatten einander gleichviel geschenkt haben, (es ist darum nicht eine remuneratorische Schenkung anzunehmen). Ein Annuum, welches der Mann der Frau giebt, ist Liberalität, aber keine Schenkung, da es zur Erhaltung und Alimentation der Frau gehört, (nicht umgekehrt: ein von der Frau dem Mann gegebenes Annuum wäre ꝛc. incongruens et contra sexus naturam). Mäßige Festgeschenke haben denselben Charakter, da die Intention hier nicht auf Bereicherung geht. Exilii causa ebenso. — Eine wahre Schenkung ist auch ungültig, wenn sie von den Früchten der Dos geschehen ist, denn diese gehören ebenso gut zum Vermögen des Mannes, wie sein übriges.

Nur Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig; nicht unter Verlobten; es kommt auf den Zeitpunkt der Perfection an. Daher sind nicht ungültig die Schenkungen, welche erst nach Aufhebung der Ehe perfect werden, mortis causa donationes. Bei gesetzwidrigen Ehen wären die Schenkungen eigentlich gültig, aber sie sind doch für ungültig erklärt worden, damit nicht die Delinquirenden besser daran seien, als die anderen. Waren die Personen in mala fide, so wird das Geschenkte vom Fiscus vindicirt. Auch eine Schenkung durch suppositae personae ist nicht gültig, oder durch solche, welche durch väterliche Gewalt mit dem einen Ehegatten verbunden sind. Faktisch wird es hier sehr häufig auf dasselbe hinauslaufen.

Die Schenkungen gegen dieses Verbot sind nichtig, es geschieht also keine Uebertragung des Eigenthums, des Usucapionsbesitzes, (da kein Titel da ist), es entsteht keine Forderung, keine Befreiung von der Forderung. Dagegen hat die Ungültigkeit des Titels der Uebertragung auf den Erwerb des juristischen Besitzes keinen Einfluß. Die L. 46. D. cit.[1] sagt: der Besitz ist nicht als

1) L. 46. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1): Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

geschenkt zu betrachten, er hat nicht die causa der Donation, er ist nicht possessio pro donato, sondern Besitz ohne allen Titel, pro possessore.

Das Gegebene kann vindicirt werden, wenn es vorhanden ist, doch findet gegen den der Restitution sich Weigernden, [wenn er in den Werth condemnirt werden soll] nie das iusiurandum in litem Statt; auch kann nicht das Interesse, sondern nur der einfache Werth, iusti pretii aestimatio, gefordert werden, da der Beklagte es doch mit dem Willen des Klägers hat. Auch sonst hat der Beschenkte dem Schenker gegenüber nicht die Nachtheile eines malae fidei possessor; die Früchte behält er schlechtweg, soweit etwas auf die Gewinnung zu verwenden war, (Geld oder Thätigkeit), auch die Zinsen eines geschenkten Capitals; dagegen findet die Rückforderung statt, wenn die Früchte selbst Gegenstand der Schenkung waren. Wo an die Stelle der Vindication eine Condictio (sine causa) tritt, geht die Klage ohnehin nur darauf, um was der Beschenkte noch reicher ist.

Nach einer Oratio Severi et Antonini und ein darauf erlassenes Senatusconsult convalescirt die Schenkung durch den Tod des Schenkers vor dem Beschenkten ohne Willensänderung. Stirbt der Beschenkte früher, so bleibt die Ungültigkeit unbedingt, (gültig ist sie, wenn sie als mortis causa donatio gültig wäre).

Die Willensänderung muß von dem Erben, welcher die Sache vindicirt oder condicirt, oder sonst der Schenkung sich widersetzt, bewiesen werden, denn es ist nicht eine positive Confirmation nöthig, (ausgenommen, wenn schon eine Willensänderung ausgesprochen worden ist, dann müßte der Beschenkte eine Confirmation beweisen, um diesen Widerruf zu beseitigen).

Aber die Willensänderung bedarf keiner besonderen Form, irgend eine Erklärung reicht hin, auch eine stillschweigende Aeußerung derselben ist wirksam, z. B. anderweitige Veräußerung, auch Verpfändung. Denn auch bei dieser ist es gewiß, daß der Schenker von der Schenkung abging, weil er sonst die Sache nicht mehr als sein hätte behandeln können. (Ganz anders ist es bei Legaten, welche nicht durch Verpfändung widerrufen werden, weil ja der Testator, auch wenn er das Legat gelten lassen will, sich doch noch immer als Eigenthümer erkennt). — Ist die Schenkung übrigens noch aus einem anderen Grund ungültig, so wird sie durch den Tod des Schenkers natürlich nicht gültig; sind daher

über 500 solidi ohne Insinuation geschenkt, so convalescirt die Schenkung nur bis dahin.

Es wird mehrfach auf das Entschiedenste ausgesprochen, daß jede Form der Schenkung unter das Gesetz falle, nicht nur die rerum donatio (durch Eigenthumsübertragung), sondern auch die Bestellung eines ius in re, Erlaß einer Forderung oder eines ius in re, Schenkung einer Forderung durch Cession oder Delegation rc. So kommen auch einige Stellen vor, wo die Convalescenz auf ein Schenkungsversprechen angewendet wird.[2] Eine einzige Stelle[3] steht damit im Widerspruch, wo billigend eine Meinung Papinian's erwähnt wird, die Oratio D. Severi beziehe sich nur auf rerum donationes und darum nicht auf Stipulationen, siehe Note n des Lehrbuchs. Auf Grund dieser Stelle behaupten nicht wenige Juristen, alle Schenkungen könnten convalesciren, nur nicht die durch Schenkungsversprechen. Diese Ansicht ist eine sehr unkritische.

1) Wenn ein wirklicher Widerspruch existirte, so müßten wir die Ausnahme verwerfen, da sie innerlich nicht zu begründen ist.

2) Die entschieden und bestimmt lautenden Stellen sind die für alle Schenkungen die Convalescenz behauptenden, welche bei einer so wichtigen Ausnahme in der That nicht zu rechtfertigen wären. Dagegen hat die andere Stelle eine auffallend historische Färbung.

3) Diese Stelle beweist entweder mehr, als sie beweisen soll, [nämlich daß nur rerum donationes convalesciren könnten, was Niemand behauptet], oder gar nichts. Die entgegengesetzte Meinung ist also in der That nicht durch diese Stelle begründet, sie steht ohne alles Fundament da.

Das Resultat ist: wenn wir die Stelle auch nicht zu erklären vermögen, so hat das praktische Resultat doch keinen Zweifel.

Zu einer Erklärung kann die historische Fassung leiten, so wie die Aeußerung in der ersten Stelle Note m[4] des Lehrbuchs: Oratio non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt. Es kann ein Gesetz vorhergegangen sein,

---

2) Vgl. Note m des Lehrbuchs a. E.

3) L. 23. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1): Papinianus recte putabat, Orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

4) L. 32. pr. §. 1. eod.

welches diese Beschränkung wirklich hatte. Dies konnte nur von einer rerum donatio verstanden werden; nachher unter Severus und Antoninus wurde das Gesetz ausgedehnt.[5]

§. 426—429.

Siehe das Lehrbuch.

Zweites Kapitel.

Das elterliche und Kindes-Recht.

§. 430. 431.

Siehe das Lehrbuch.

Drittes Kapitel.

Die väterliche Gewalt.

Natur der patria potestas.

§. 432.

Rechte an Personen, Gewalten, unterscheiden sich von Rechten an Sachen auf doppelte Weise:

1) jene können niemals eine totale Unterwerfung der Personen enthalten, denn dies würde die Person absorbiren und zur Sache machen, da eben die Sache das lediglich der Unterwerfung unter den menschlichen Willen Hingegebene ist;

---

5) (v. Savigny, System Bd. IV S. 189 f. nimmt nur Einen Senatsschluß an, welcher abwechselnd bald dem Severus, bald dem Mitregenten, bald Beiden zugeschrieben wird und faßt daher den Schluß der L. 23. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1) als eine einfache Relation der Meinung Papinian's auf, welche Ulpian jedoch nicht theile, da sich seine Zustimmung (recte) nur auf den ersten Theil beziehe. Allein die Existenz zweier Orationen ist nicht wegzuläugnen: L. 3. C. h. t. (5, 16) — —: et ex mea et ex D. Severi patris mei constitutione, von der einen (der des Severus) handelt unsere Stelle, (vgl. auch L. 10. C. eod. Fr. Vat. §. 276). Daraus ist aber noch keineswegs ein historisches (successives) Verhältniß zu folgern, wie der Verfasser will, vielmehr deutet Alles auf zwei Orationen, über welche der Senat Einen gleichzeitigen Beschluß faßte. (Fr. Vat. §. 294.: maximi principes nostri suaserunt, vielleicht auch L. 32. pr. D. h. t. (24,1): — — Imp. noster Antoninus Augustus ante excessum D. Severi patris sui auctor fuit senatui censendi — —. Durch diese Vereinigung erledigen sich die Bedenken v. Savigny's a. a. O. S. 190. A. d. H.)

2) die reinen Rechte an Personen sind mit einer Pflicht verbunden, welche eine Gegenseitigkeit in das Verhältniß bringt, so bei der Ehe, bei dem Verhältniß der Eltern und Kinder überhaupt, ebenso auch bei den öffentlichen Rechten der obrigkeitlichen Gewalt.

In unserem Recht kommt eine Gewalt vor, welche in jener ersten Hinsicht den Unterschied festhält, aber in der zweiten sich den Rechten an Sachen nähert, insofern sie keine Gegenseitigkeit enthält: die väterliche Gewalt. Der Entwicklungsgang des Rechts ist der, daß sie ursprünglich diesen eigenthumsähnlichen Charakter in größter Strenge hatte, daß er aber im Lauf der Zeit, schon beim römischen Volk, und noch mehr in der neueren Zeit sich bedeutend mäßigte.

Die patria potestas hat eine doppelte Seite, eine persönliche und eine Vermögensseite. Ueber die persönliche Seite siehe das Lehrbuch, auch über die Rechtsmittel, mit welchen sie geltend gemacht wird.[1]

Der wesentliche Unterschied der väterlichen Gewalt von dem elterlichen Recht überhaupt, (das auch der Mutter zustehen kann), liegt in dem Einfluß, welchen sie auf das Vermögen hat. Der Sohn greift in den Vermögensverkehr nicht als actives Vermögenssubject, sondern als Repräsentant des Vaters ein, er erwirbt dem Vater. Die Erwerbshandlungen des Sohnes werden in ihrer rechtlichen Wirkung wie Handlungen des Vaters betrachtet; dies gilt nicht von den Verpflichtungshandlungen und nicht von den

---

1) L. 1. §. 2. D. de R. V. (6, 1): Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria. Et ita Pomponius libro XXXVII, nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum vel in potestate ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse: ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse. — Adiecta causa, das heißt mit Angabe des Grundes [in der Formel], (daß es die väterliche Gewalt ist, nicht Eigenthum an einem Sclaven). Die alte Vindicationsformel war: secundum suam causam, sicut dixi; im Formularproceß: si paret hunc hominem filium meum esse, oder hunc hominem in potestate meum esse ex iure Quiritium. (Genauer ausgedrückt: der Kläger kann rechtsgültig vindiciren 1) mit Angabe des Standes (adiecta causa), der aus der Bezeichnung als filius actoris hervorgeht, 2) ohne Angabe des Standes mit dem Zusatz ex iure Quiritium zu in potestate, weil dieser die Gewalt als die nur im ius civile anerkannte väterliche specialisirt. Vgl. Gai. I. §.55. Daher ist zu lesen: si quis ita petit: „FILIVM SVVM“ vel: „IN POTESTATE EX IVRE ROMANO“ videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa vel (statt ex) lege Quiritium vindicare posse. A. d. H).

das Vermögen nicht betreffenden; im neueren Recht ist jener Grundsatz überhaupt eingeschränkt.

Die Neueren haben für dieses Verhältniß des Sohnes zum Vater den Ausdruck unitas personae erfunden. Er ist entstanden durch einige beiläufige Aeußerungen in justinianischen Gesetzen. So wird z. B. in einer Stelle[2] gesagt: „Wenn der Testator so geschrieben hat, Titius zugleich mit seinen Söhnen und Sempronius sollen meine Erben sein, so erhält Sempronius die Hälfte, Titius mit seinen Söhnen die andere Hälfte. Ohnedies sind Vater und Sohn gewissermaaßen Eine Person." Die Entscheidung, welche hier Justinian giebt, fließt gar nicht aus diesem Grund, aus der Natur der väterlichen Gewalt, (sie würde dieselbe sein, auch wenn die Söhne emancipirt wären), sondern aus der wahrscheinlichen Intention des Erblassers. Die Personeneinheit wird ferner nicht als etwas juristisches, sondern als eine natürliche Anschauung des Verhältnisses erwähnt („natura“ etc.).

Der Ausdruck Personeneinheit ist sehr ungeeignet, die wahre Natur des Verhältnisses zu bezeichnen; wer von ihm als Princip ausgeht, wird unter drei Punkten zwei falsch entscheiden. Man kann ebenso gut, ja noch umfassender sagen: es existirt keine Personeneinheit. Ohnedies werden die Handlungen des Vaters nicht als Handlungen des Sohnes betrachtet, aber auch die meisten Handlungen des Sohnes nicht als Handlungen des Vaters, und diejenigen, bei denen etwas der Art vorkommt (Erwerbshandlungen), nur in gewisser Beziehung. Man muß diesen bequemen Ausdruck, hinter dem sich nur die Unbestimmtheit der Vorstellung verbirgt, ganz aufgeben.

Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen.

§. 433.

Nach ältestem Recht hatte der Filiusfamilias nie eigenes Vermögen. Das Verhältniß war in dieser Beziehung sehr einfach,

2) L. 11. C. de impub. et aliis subst. (6,26): — alia applicata dubitatione, si quis heredem ita scripserit: Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunto; et in praesenti enim specie quaerebatur secundum Ulpianum, voluntas testantis utrumne Titium una cum filiis suis in dimidiam vocet et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem? Nobis autem — videtur — cum et natura pater et filius eadem esse persona paene intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cum filiis suis, alteram autem partem Sempronio assignari.

er kann erwerben, wo ihn nicht die Form ausschließt), aber er erwirbt nothwendig dem Vater, nicht bloß wo dieser den Befehl giebt, sondern auch außerdem, (beim Besitz findet eine Abweichung Statt, wegen dessen factischer Natur; es wird nämlich der animus possidendi des Vaters verlangt). Der Vater kann dem Sohne Güter zur Verwaltung überlassen, so daß das damit Erworbene auch dem Sohne bleiben soll. Dadurch wird aber jenes Verhältniß nicht geändert, die Güter sind nicht Vermögen des Sohnes, sondern bleiben im Vermögen des Vaters, es tritt nur eine factische Absonderung ein, welche eine rechtliche Wirkung Anderen gegenüber äußert; der Sohn selbst hat gegenüber dem Vater kein Recht daran. Diese factische Absonderung drückt das Wort peculium aus; es sind dies Güter des Vaters, welche mit dem Willen desselben in den Händen und der Verwaltung des Sohns sind. Zu dem Wesen des Peculiums gehört 1) die Absonderung, 2) die blos factische Absonderung, nicht ein eigenes Vermögen, eine besondere pecunia, (daher hieß auch der zurückgelegte Nothpfennig peculium).

Man kann die Einschränkung der Filiifamilias in Beziehung auf das Vermögen von dem disciplinarischen Gesichtspunkte betrachten. Von diesem aus muß sich ein unabhängiges Vermögen derselben als unverträglich mit ihrer Lebensstellung darstellen, aber man würde von diesem Standpunkt aus nicht zu jenem strengen Resultat gelangen. Dieser Gesichtspunkt ist indessen auch gar nicht der des älteren Rechts, es ist dies eine moderne Anschauung, welche der älteren Zeit fremd ist. Das alte Recht faßt die Sache als ein reines Recht des Vaters auf.

Das spätere Recht hat jenen strengen Character der väterlichen Gewalt, wonach sie jedem eigenen Vermögen des Sohnes widerspricht, sehr modificirt. Die Nothwendigkeit des vollkommenen Erwerbs für den Vater hat sehr bedeutende Ausnahmen erlitten und ist endlich selbst zur Ausnahme geworden.

Zuerst ist eine Modification als bloße Singularität eingeführt worden. Sie gehört den Privilegien des Soldatenstandes an, welche unter den ersten Imperatoren entstanden. Was ein Filiusfamilias qua miles erwirbt, soll ihm wie einem Paterfamilias gehören, er soll für diesen Fall wie ein homo sui iuris behandelt werden. Hierin zeigt sich noch ein entschiedenes Festhalten an der alten Regel, man machte eine Ausnahme nur in

der Gestalt, daß man den Filiusfamilias als Paterfamilias gleichsam fingirte. So sehr mächtig war noch das Rechtsbewußtsein, daß es sich mit der Eigenschaft eines Filiusfamilias nicht vertrage, eigenes Vermögen zu haben.

Diesen Erwerb nennen die römischen Juristen peculium castrense. Warum, da hier keine bloß factische, sondern eine rechtliche Absonderung geschehen ist? Wie verträgt sich dies mit dem obigen Begriff des Peculiums? Die meisten Neueren haben sich dadurch verleiten lassen, einen falschen Begriff aufzustellen, zu glauben, auch ein selbstständiges Vermögen könne Peculium heißen, wenn es nur ein Filiusfamilias habe. Vor allem folgt das Letztere keineswegs, denn das Castrense steht dem Filiusfamilias nur zu, sofern er als Paterfamilias gedacht wird. Man würde also daraus schließen können, auch ein Paterfamilias könne ein Peculium haben.

In der That haben die römischen Juristen guten Grund gehabt, den Ausdruck hier zu gebrauchen, ohne von seinem wahren Begriff abzuweichen. Sie betrachten das väterliche Recht nach ius commune durch das ius singulare nur als suspendirt. Diese Suspension wird ein Definitivum, wenn der Sohn ein Testament macht; stirbt er ohne Testament, so wird die Sache so behandelt, wie wenn das ius singulare nicht bestanden hätte, die Güter fallen iure peculii an den Vater. Darum nennen sie diese Güter noch mit Recht peculium, und zwar 1) in paganis, das regelmäßige, 2) in castris, dasjenige, welches beim Leben des Sohnes, und auch nach seinem Tod, wenn er ein Testament macht, dem Recht des Vaters entzogen ist. Nach neuestem Recht fällt dieses nie mehr iure peculii an den Vater, es ist von vorn herein definitiv der väterlichen Gewalt entzogen, also unter keinen Umständen mehr Peculium. Für das neueste Recht ist also jener Name ein Fehler, wir können solche Güter nur noch bona castrensia nennen. Dieses Recht wurde später auf einige andere Erwerbungen ausgedehnt, welche quasi castrensia heißen.

Eine intensiv zwar geringere, aber dem äußeren Umfang nach weit beträchtlichere Modification hat das väterliche Recht durch Constantin und die folgenden Kaiser erlitten, welche nicht bloß für gewisse Klassen von Personen gilt. Was das Kind von der Mutter erwirbt, soll ihm zu eigen erworben werden. Doch nicht so, wie die bona castrensia vel quasi castrensia; diesem stand

einmal das eingewurzelte väterliche Recht entgegen, andererseits auch jene nun zugleich wirksame moderne Rücksicht der durch ein selbstständiges Vermögen drohenden Corruption. Constantin wollte nur das erreichen, daß den Kindern diese Güter erhalten würden und ihnen beim Austritt aus der väterlichen Gewalt zukämen; bis dahin sollten sie keineswegs unter ihrer Disposition stehen. Mit diesem Zweck jener Bestimmung ließ sich nun das väterliche Recht bis auf einen gewissen Grad vereinigen. Dem Vater soll nicht mehr das Eigenthum, aber Niesbrauch und Verwaltung erworben werden, wodurch er also die Vortheile von dem Erwerb hat, ohne daß dieser dem Kind entzogen werden kann.

Diese Gestaltung der Sache erschien mehr und mehr als die der Natur des Verhältnisses angemessenste, sie wurde auf immer mehr Erwerbungen ausgedehnt, endlich erhob sie Justinian zur Regel. Hiernach soll das alte strenge väterliche Recht nur noch für das gelten, was das Kind ex substantia patris erwirbt, quod a patre proficiscitur, ferner für jeden dem Kind deferirten Erwerb, welchen es ausschlägt, und der dann an den Vater devolvirt werden soll. Was dagegen das Kind anderswoher erwirbt, davon soll, abgesehen von den Fällen der bona castrensia und quasi castrensia, gelten, was Constantin über das Muttergut festgesetzt hat. Man kann diese Güter passend bona adventicia nennen, nur nicht peculium. In den römischen Gesetzen werden sie nie so genannt, von den Neueren ist es geschehen, was auf keine Weise zu rechtfertigen ist. Denn während die Castrensia doch auch factisch vom Vermögen des Vaters abgesondert sind, sind die Adventicien nur rechtlich, nicht factisch abgesondert. Man könnte jene Güter weit eher Peculium des Vaters nennen.

Nach neuestem Recht sind folgende Fälle möglich:

1) Der Sohn erwirbt rein und vollständig dem Vater; dies geschieht, wenn der Erwerb aus dem Vermögen des Vaters kommt, (wofern er nicht zu den Castrensia gehört), oder von einem Dritten, welcher in der Person des Sohnes dem Vater übertragen will. Der Sohn hat an einem solchen Erwerb nie ein Recht, auch nicht die Verwaltung, wenn sie der Vater nicht concedirt; thut er dieses, dann ist der Erwerb peculium, der einzige Fall des Peculiums im neuesten Recht, (s. g. peculium profecticium). Es ist also nicht alles so Erworbene Peculium, sondern nur was als solches concedirt wird.

2) Der Sohn erwirbt sich zum Eigenthum, dem Vater zum Niesbrauch und Verwaltung. So überall, wo keiner der anderen Fälle eintritt, ein solcher Erwerb heißt adventicia. Er enthält keine Aufhebung der alten Regel, aber eine bedeutende Modification derselben.

3) Erwerb des Sohnes ohne ein Recht des Vaters, indem ausnahmsweise der väterliche Niesbrauch ꝛc. wegfällt, ohne daß doch der Sohn wie ein Paterfamilias gilt. Dieser Erwerb heißt adventicia extraordinaria.

4) Erwerb des Sohnes ohne ein Recht des Vaters, indem der Sohn selbst wie ein Paterfamilias behandelt wird, bona castrensia vel quasi castrensia.

Der unter No. 2 angeführte Erwerb ist also die Regel; No. 1, 3, 4 sind die Ausnahmen.

Die Terminologie der Neueren ist folgende:

Peculium ist alles was ein Filiusfamilias hat

1) peculium paganum a) profecticium b) adventicium α) ordinarium β) extraordinarium;

2) peculium militare a) castrense b) quasi castrense.

Peculium.

§. 434.

Peculium ist ein Bestandtheil des Vermögens des Vaters, welchen dieser dem Kind zur Detention und Verwaltung überlassen hat. Zur Entstehung gehört zweierlei:

1) Der Wille des Vaters, concessio peculii. Dazu ist nicht hinreichend, daß der Sohn etwas von dem Vermögen des Vaters in Händen hat, z. B. Erwerb ex substantia patris, oder von einem Dritten in dieser Intention. Die Causa kann aber auch stillschweigend erfolgen, so wenn der Vater darum weiß und es nicht nimmt. Ist aber einmal die Concessio geschehen, so erstreckt sie sich von selbst auf das mittelst des Peculiums Erworbene, auch ohne Wissen des Vaters. — Die Concessio giebt dem Sohn zunächst die Detention und Custodia, nicht die Administration, also keine Veräußerungsbefugniß. Damit der Sohn diese habe, muß ihm libera peculii administratio speciell übertragen sein. Auch darin liegt nicht das Recht zu schenken, wenn es nicht entweder speciell gestattet ist, oder eine iusta causa zu Grunde liegt, welche der Vater gelten lassen muß.

2) Das Peculium existirt erst dadurch, daß der Sohn wirklich die Detention erhält, es ist also Ausführung jenes Willens nöthig.

Das Peculium besteht nur durch den Willen des Vaters; seine Fortdauer hängt allerdings nicht von der Fortdauer des positiven Willens ab, (so dauert es fort, auch wenn der Vater willensunfähig wird), aber es hört mit dem entgegengesetzten Willen auf; der Sohn hat gegenüber dem Vater kein Recht daran. Wie das Peculium vermindert wird durch Wegnahme, so auch schon durch eine Schuld des Sohnes an den Vater; umgekehrt wird es durch eine Forderung an den Vater vermehrt, der Vater kann es durch ein Versprechen vermehren, so gut als durch sofortiges Geben.

Die concessio peculii kann die Veranlassung werden, daß dasselbe dem Sohne verbleibt; siehe das Lehrbuch am Ende, (dies ist nicht der Fall beim Tode des Vaters ohne Zurücknahme). Nimmt der Fiscus das Vermögen des Vaters wegen Schulden in Beschlag, so verbleibt das Peculium dem Sohn. Diese singuläre Bestimmung gilt aber nicht von anderen Gläubigern, und nicht von der Confiscation wegen Verbrechen, wie manche irrthümlich glauben.

Castrensia vel quasi castrensia bona.

§. 435.

Castrensia bona sind diejenigen Güter, welche ein filiusfamilias miles vermöge dieser Eigenschaft vom Vater oder von einem Anderen erwirbt. Der Soldatenstand ist die Voraussetzung des Erwerbs. Castrensischer Erwerb ist keineswegs Alles, was ein Soldat erwirbt, auch kann der Geber nicht willkührlich etwas dazu bestimmen. Auf der anderen Seite sind Castrensia nicht bloß die Güter, deren unmittelbare Quelle der Soldatenstand ist, z. B. Ausstattung, Sold, Beute, sondern auch was mittelbar, von einer castrensis notitia herrührt. Eine Singularität ist es, daß Hadrian auch die Erbschaft von der Frau dazu rechnet. Ferner kann auch durch permutatio etwas Castrense werden, z. B. was mit pecunia castrensis erkauft worden ist. Die so erworbenen Güter verlieren diese Eigenschaft nicht dadurch, daß der Sohn aus dem Soldatenstand austritt.

An diesen Gütern hat der Vater gar keine Rechte, überdies wird der Sohn wie ein Paterfamilias in allen Beziehungen auch dem Vater gegenüber behandelt. Nach älterem Recht unterwarf der Tod ohne Testament und die Confiscation diese Güter der Behandlung als Peculium. Nach neuerem Recht geschieht dies nicht mehr; nur wenn der Sohn einen solchen Erwerb nicht macht, wird die Delation auf den Vater transmittirt.

Die drei Fälle der bona quasi castrensia, von denen ganz dasselbe Recht gilt, siehe im Lehrbuch. Bei der Behandlung derselben muß man von dem Grundsatze ausgehen, daß es Ausnahmen sind, ein singuläres Recht, das man nicht weiter auszudehnen hat, als es nöthig ist, um dem Willen des Gesetzgebers zu genügen.

Ad 1) ist die Meinung entschieden zu verwerfen, wonach jeder durch wissenschaftliche Kenntnisse bedingte Erwerb dahin zu beziehen ist. Ebenso aber ist nur der Erwerb von dem Staatsamt[1] dem castrensischen gleichgestellt, der Gesetzgeber hat sich nicht bewogen gefunden, auch den mittelbaren Erwerb herein zu nehmen. Durch die quasi castrensia werden solche Anstellungen im Grunde unvollkommene Emancipationen.

Ad 2) ist controvers, ob auch das ex re patris von einem Geistlichen Erworbene quasi castrense sei. Auf jeden Fall ist ein Peculium möglich, auch sagt das Gesetz nur, alles was die Geistlichen zum Eigenthum erwerben, sollen sie zu jenem Recht haben. Indessen wird es dem Gesetz angemessen sein, zu behaupten, daß auch das ex re patris Erworbene quasi castrense wird, wenn der Vater den entschiedenen Willen hatte, es zu ihrem Eigenthum zu machen, sonst nicht.

Ad 3) Manche Juristen haben dies bloß von einer Beschränkung hinsichtlich der freien Disposition verstehen wollen, aber das Gesetz sagt schlechthin ad similitudinem peculii castrensis.

Adventicia.

§. 436. 437.

Adventicium ist alles, was das Kind so erwirbt, daß es weder ex substantia patris noch castrense vel quasi castrense ist.

Mit Unrecht haben manche geglaubt, auch das vom Vater Gegebene gehöre dahin, wenn es nicht speciell als Peculium ge-

1) (So im Heft. Mündliche Variante nach Parbs a. a. O. S. 94: „nur der unmittelbare Erwerb aus einem Staatsamt". A. d. H.)

geben sei. Der Vater kann gar nichts auf das Kind während der väterlichen Gewalt übertragen. Man hat ferner gefragt, für was zu präsumiren sei, profecticium oder adventicium; hier ist zu unterscheiden: 1) ist es gewiß, von wem das Erworbene herrührt, so liegt darin auch die Entscheidung jener Frage. Auch das von einem Dritten Gegebene kann dem Vater gegeben sein, aber dies ist nicht zu präsumiren, der Vater müßte diese Intention des Gebers beweisen; 2) ist die Quelle des Erwerbs unentschieden und die Sache in der Detention des Sohnes, so spricht die Vermuthung für profecticium, denn das adventicium hat er nicht in Händen.

Das Rechtsverhältniß der Adventicien enthält eine Theilung. Der Sohn hat die Proprietät, aber der Erwerb ist doch nicht dem väterlichen Recht entzogen, um nicht das natürliche Abhängigkeitsgefühl, ohne das eine gedeihliche Erziehung nicht möglich ist, zu untergraben. Das Eigenthum der Kinder ist zunächst ein nominelles, welches ihnen die Güter für die Zukunft sichern, aber ihnen nicht schon jetzt eine Disposition irgend einer Art darüber geben soll.

Als Usufructuar hat der Vater die Pflichten eines Usufructuars, aber nicht die zur Caution. Als Verwalter ist er nicht wie ein sonstiger Verwalter zu betrachten, denn er hat die Verwaltung als sein eigenes Recht, und er ist während ihrer Dauer nicht zur Rechenschaft verpflichtet. Am Ende seines Rechts haftet er allerdings für Verletzung seiner Pflichten, wie jeder Usufructuar, aber er braucht keine Rechnung zu legen. Seine Verbindlichkeiten leiten sich also aus seinem Usufructus, nicht aus seiner Verwaltung ab. In der Verwaltung liegt die Proceßführung (auf seine Kosten), unter Zuziehung der mündigen und nicht entfernten Kinder. Er muß ferner die Schulden bezahlen, (natürlich von den Gütern selbst), wenn er nicht die Zinsen selbst tragen will. Sind dem Sohn Legate auferlegt, welche in Einkünften bestehen, so fallen sie dem Vater zur Last. Der Vater darf keine Veräußerungen vornehmen, außer im Fall der Noth, zur Erhaltung des Vermögens. Gemeinrechtlich ist dazu kein Decret der Obrigkeit nothwendig, wo ein anderes Recht gilt, ist es als particulares zu betrachten.

Mit den Adventicien sind nicht zu verwechseln die Güter, deren Proprietät durch zweite Ehe an die Kinder erster Ehe fällt,

auch wenn der Binubus die väterliche Gewalt hat. Denn hier ist sein Niesbrauch nicht ein Ausfluß der väterlichen Gewalt.

Das Verhältniß hört nicht bloß mit dem Tode des Vaters, sondern überhaupt mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt auf; daher auch mit dem Tod des Kindes. Wird dieses von Descendenten beerbt, so bleibt dem Vater der Niesbrauch. Nach dem Recht des Coder ebenso, wenn das Kind von Mutter und Geschwistern beerbt wird. Nach der Novelle 118 ist dem Vater mit diesen ein Erbrecht gegeben, dagegen verliert er nach der richtigen Ansicht den Niesbrauch am Ganzen.

Emancipation des Kindes hebt ebenfalls das Recht an den Adventicien auf, doch behält der Vater, wenn das Kind auf sein Verlangen zu seinem Vortheil emancipirt wird, die Hälfte zum Niesbrauch als praemium emancipationis, (nach älterem Recht ein Drittel zum Eigenthum). Beerben die Kinder ihre Mutter nach der Emancipation, so erhält der Vater den Niesbrauch einer Virilportion.

Bestritten ist der Fall einer Adoption.[1] Es sind zwei Auffassungsweisen möglich: 1) Jenes Recht des Vaters ist ein Ausfluß der väterlichen Gewalt, und kann ihm daher nicht länger zustehen, als er diese hat. Daher wird es verloren durch Geben in adoptionem an den Adoptivvater, vollkommene Adoption vorausgesetzt. Dies ist die gewöhnliche Ansicht und auch die richtige. 2) Nach Analogie des älteren Rechts: hat der Sohn etwas dem Vater erworben, so verliert dieser es nicht wieder durch die Adoption. Ebenso bei dem neuen Erwerb, der sich auf den Niesbrauch einschränkt. Wäre dies richtig, so müßte dasselbe bei der Emancipation und bei dem Tod des Kindes gelten, was entschieden nicht der Fall ist. Der Unterschied zwischen dem älteren und neueren Recht ist natürlich. Dort handelte es sich um ein unwiderrufliches, hier um ein Recht, das seiner Natur nach auf eine gewisse Dauer beschränkt ist. Der Niesbrauch nun wird nicht bloß in seiner Entstehung, sondern auch in seiner Dauer als Ausfluß der väterlichen Gewalt betrachtet.[2]

---

1) Siehe Note h des Lehrbuchs.

2) (Dieser Argumentation steht entgegen: a) der väterliche Niesbrauch soll erst mit dessen Tode erlöschen: L. 7. §. 1. C. ad S. C. Tertullianum (6, 56): — — pater usumfructum — teneat, donec vivat, incorruptum — —, L. 3. C. de bonis quae lib. (6, 61): — — usufructu, dum supererit, reservando. L. 4. C. eod.: — — usque in diem vitae suae pater vel avus usumfructum

Ueber die einzelnen Fälle der adventicia extraordinaria siehe das Lehrbuch.

In manchen Fällen der Adventicien soll die väterliche Gewalt in so weit außer Wirkung gesetzt sein, daß das Kind auch Genuß und Verwaltung hat. Ist es vormundsbedürftig, so giebt der Richter einen Vormund, doch kann die Verwaltung auch dem Vater überlassen werden, der sie aber dann nicht vi potestatis, sondern wie ein Vormund hat. Außerdem soll der Vater wenigstens in Processen consentiren, doch supplirt der Richter den Consens des Weigernden.

Der Unterschied der adventicia extraordinaria von den quasi castrensia besteht darin, daß der Sohn nicht als Paterfamilias behandelt wird; er kann daher nicht testiren, auch in Beziehung auf Rechtsgeschäfte mit dem Vater wird dieser Unterschied sichtbar.

Eine Controverse findet Statt hinsichtlich der Pathengeschenke, pecunia lustrica. Die erste Frage ist, ob sie Geschenke an die Eltern oder an die Kinder sind? Manche Juristen behaupten das erste, indem sie auszuführen suchen, daß sie ursprünglich eine Beisteuer zu den Kosten der Taufhandlung gewesen sind. Aber hier entscheidet nicht die Geschichte, sondern die gegenwärtige Sitte, und diese ist dafür, daß es ein Geschenk für den Täufling ist. Bei wohlhabenden Eltern würde das Gegentheil als unanständig angesehen werden; bei Armen wird vielleicht der Geber nichts dagegen haben, wenn die Eltern es sich aneignen, aber formell hat er es doch dem Täufling bestimmt. So streitet also die Vermuthung für ein Geschenk an den Täufling, und mithin für adventicia. Beim Regenten oder seiner Gemahlin sind solche Geschenke quasi castrensia. Ferner wäre die Intention von adventicia extraordinaria möglich, ist aber nicht zu vermuthen.

Von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Sohn.

§. 438.

Siehe das Lehrbuch. Die Erklärung der lex Frater a fratre siehe in Beilage XX.

habeant; b) es ist unrichtig, daß bei der Emancipation oder dem Tod des Kindes der Niesbrauch erlöscht, nicht durch den Tod, sondern durch das Miterbrecht geht er verloren; wird der Vater durch Descendenten des Kindes ausgeschlossen, so besteht er fort. Vgl. Nov. 118. c. 2. Daher ist die zweite Ansicht vorzuziehen. A. d. H.)

Entstehung der patria potestas.

Durch Geburt.

§. 439.

Die väterliche Gewalt entsteht zuerst durch Geburt aus einer rechtlich gültigen Ehe. Die Kinder aus einer putativen Ehe sollen nach canonischem Recht legitimi sein, d. h. eheliche, patrem habent. Dies wäre möglich ohne daß doch noch die weitere Wirkung der väterlichen Gewalt einträte, allein beides ist nicht ohne hinreichenden Grund zu trennen, und ein solcher Grund besteht hier nicht; außer dem Fall, wo der Vater in mala fide, und dadurch des Rechts der väterlichen Gewalt unwürdig ist. — Durch uneheliche Geburt entsteht keine väterliche Gewalt, auch nicht für den Vater der Mutter: die Frauen setzen die Familie nicht fort.

Durch Legitimation.

§. 440.

Das Erforderniß ehelicher Erzeugung kann supplirt werden durch Legitimation unehelicher Kinder:

1) durch nachfolgende Ehe (subsequens matrimonium), zwischen den Eltern. Nach älterem Recht war dies nur möglich, wenn keine eheliche Descendenz vorhanden war, Justinian hat diese Beschränkung aufgehoben. Eine Erklärung über die Absicht der Legitimation ist nicht erforderlich, sie ist unwillkührliche Folge der Ehe, auch bei entgegengesetztem Willen. Nur wird eine natürliche Gewißheit der Kindschaft vorausgesetzt, welche nicht ohne eine Anerkennung von Seiten des Vaters denkbar ist.

2) Durch rescriptum principis. Diese Legitimation kann nur mit dem Willen des Vaters geschehen; der Vater kann aber auch in seinem Testament den Wunsch ausdrücken, daß die Kinder nach seinem Tode legitimirt werden sollen; dann können die Kinder auf Grund dieses Testamentes um Legitimation nachsuchen, (es giebt aber keine legitimatio per testamentum). Etwas anderes ist die s. g. legitimatio germanica, wodurch nur der Makel der unehelichen Geburt gehoben werden soll; diese ändert in dem Verhältniß zum Vater gar nichts.

Das römische Recht spricht nur von Concubinenkindern; heutzutage gilt dies von unehelichen überhaupt. Viele gehen soweit, selbst adulterini oder gar incestuosi legitimiren zu lassen.

Gewiß ist dies gegen den Geist des Rechts, denn es ist eine öffentliche Unanständigkeit.

In der Wirkung der Legitimation läßt sich Ehelichkeit und väterliche Gewalt unterscheiden. In der Regel ist beides als verbunden zu betrachten, aber der väterlichen Gewalt sollen die Kinder, die bisher sui iuris waren, nicht wider ihren Willen unterworfen werden; dies spricht das römische Recht entschieden aus. Man streitet, ob dies noch gelte, wo das canonische Recht der nachfolgenden Ehe die Wirkung der Legitimation als eine ganz nothwendige beilegt. Die richtige Entscheidung ist folgende: bei der Legitimation durch Rescript ist Einwilligung der Kinder nöthig; bei nachfolgender Ehe nicht zur ehelichen Geburt, aber wohl zur Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, die väterliche Gewalt entsteht nicht gegen den Willen der Kinder.

Das Vermögen der Legitimirten wird als adventicium zu behandeln sein; es fragt sich nur, ob als regulare oder irregulare? Da bei dem Erwerb die plena proprietas von den Kindern erworben worden ist, so braucht auch die Legitimation keine Aenderung zu machen. Nur wenn die Legitimation mit dem erklärten Willen der Kinder geschehen ist, ist es gerecht, reguläre Adventicien anzunehmen.

Adoption. Aufhebung der patria potestas.

§. 441—445.

Siehe das Lehrbuch.

Achtes Buch.

Das Erbrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

Begriff des Erbrechts.

§. 446.

Es giebt Rechte, welche sich von allen anderen dadurch unterscheiden, daß sie sich einestheils auf das Vermögen ausschließlich

beziehen, anderentheils aber ein Vermögen in seiner Gesammtheit zum Gegenstande haben, Rechte an einem Vermögen. Durch den letzten Umstand unterscheiden sie sich von den anderen Vermögensrechten, dem Eigenthum und den Obligationen, durch den ersten von den anderen Rechten an Personen, welche keine ausschließliche Vermögensbeziehung haben.

Vermögen ist eine Gesammtheit von Rechten, welche in einer Person vereinigt sind, (der Rechte, deren Gegenstand einen Sachwerth hat). Es ist also kein objectiver Begriff, es existirt nur durch eine Person, welche das Subject desselben ist. Vermögen ist daher nicht ein Inbegriff von Sachen. Deßhalb ist das Recht am Vermögen nicht ein Recht an einer Sache, nicht Eigenthum.

Vielmehr muß das Recht am Vermögen Recht an einer Person sein. Ein fremdes Vermögen wird uns unterworfen, indem uns die Person, welche sein Subject ist, und durch die es zusammengehalten wird, unterworfen wird. Der Untergang des Vermögens als Gesammtheit schließt einen Uebergang der Persönlichkeit ein, durch die es ein Ganzes ist.

Folgende Rechte an einem Vermögen kommen in unserem Recht vor:

1) Rechte an dem Vermögen Verstorbener: a) Erbrecht, b) Recht der quarta Divi Pii, c) Recht an den ereptoria, d) Recht an den bona vacantia.

2) Rechte an dem Vermögen Lebender. Auch hier kommt es vor, daß das Vermögen als Gesammtheit verloren wird, und auf einen Anderen übergeht: Confiscation und ähnliche Fälle.

Unter allen diesen Fällen ist das Erbrecht der wichtigste. Auch theoretisch, indem die übrigen sich großentheils auf eine analoge Anwendung der Erbrechtsprincipien zurückführen. So erklärt sich die Anordnung des achten und neunten Buches.

Diese Rechte sind häufig zum Gegenstande einer besonderen Vorlesung gemacht worden, indem man sie von den Pandekten, von denen sie eigentlich einen Bestandtheil bilden, getrennt hat. Diese abgesonderte Behandlung ist bei keinem Rechtstheile so wohl statthaft, als bei diesen Rechten, da sie den Schluß des Systems bilden und durch ihre besondere Gestaltung allen anderen Rechten gegenüberstehen.

Der Tod eines Menschen hebt die natürliche Person auf. Welchen Einfluß hat dies auf die Rechte, welche in ihr vereinigt waren?

Die Rechte sind zum Theil mit der Individualität verwachsen, zum Theil ist ihre Verbindung mit diesem natürlichen Subject nichts wesentliches, sie stehen der Person zu, ohne von ihrer individuellen Beschaffenheit afficirt zu werden. Zu der ersten Klasse gehören die Familienrechte, auch einige Vermögensrechte, z. B. Usufructus, Alimentationsforderung u. s. w. Die meisten Vermögensrechte, dingliche sowohl als persönliche, gehören zur zweiten Klasse.

Das Schicksal der ersten Klasse beim Tode des Subjects ist unausweichlich der Untergang dieser Rechte. Der Tod nimmt die Person weg, welcher sie zustehen, die Substitution eines anderen Subjects wäre eine wesentliche Veränderung des Rechts selbst.

Der Untergang der zweiten Klasse durch den Tod liegt nicht in ihrer Natur, er würde nur dadurch verursacht werden, daß jedes Recht zu seiner Existenz ein Subject voraussetzt. Diese Rechte müßten allerdings untergehen, wenn der Tod ihr Subject wegnähme, ohne ein anderes zu substituiren, auf welches sie übergehen. Durch die Vorschrift eines Uebergangs auf Ueberlebende wird der Untergang beseitigt [und diese Vorschrift finden wir im Rechte aller Völker].

Ein doppeltes Bedürfniß fordert diesen Uebergang:

1) Es giebt Personen, denen das Rechtsgefühl einen Anspruch auf die Güter eines Verstorbenen einräumt. Das Recht wird es der Sache und der rechtlichen Ordnung überhaupt gemäßer finden, daß solche Personen eintreten, als daß es ausschließlich dem Zufall überlassen wird, wer die herrenlos gewordenen Güter sich aneigne.

2) Der Untergang der Rechte mit dem Tod würde dem Vermögen eine höchst prekäre Existenz auch beim Leben des Subjects geben. Ein sicherer Verkehr und dauernde Unternehmungen wären ausgeschlossen, wenn jedes Rechtsverhältniß auf zwei Augen stünde.

Von welcher Beschaffenheit muß nun der Uebergang sein, um diesen Bedürfnissen zu genügen?

Eine bloße Singularsuccession würde schon dem ersten Bedürfniß nur sehr unvollkommen genügen, sie würde nämlich die Obligationen nicht ergreifen, die Schuldner würden befreit werden, da ein anderer Gläubiger nicht ohne ihren Willen eintreten kann,

und als Cession gedacht, die Berechtigung des Cessionars die des Cedenten voraussetzt. Wenn der Tod des Cedenten sein Recht aufhöbe, so würde auch für den Cessionar nichts übrig bleiben.

Dem zweiten Bedürfniß würde die bloße Singularsuccession gar nicht entsprechen. Dieses zeigt sich vorzugsweise in den Obligationen, die Gläubiger würden um ihre Forderungen kommen, der Eintritt bloßer Singularsuccession würde die Obligation nicht aufrecht erhalten.

Aus diesen Gründen ist eine Universalsuccession angeordnet, Eintritt in das Vermögen als Gesammtheit, welches also ungeachtet des Todes erhalten wird. Dieses Verhältniß gestaltet sich so.

Der Tod eines Menschen hebt die natürliche Person auf, und damit die Rechte, welche mit ihr wesentlich verknüpft sind. Aber an die Stelle der natürlichen Person tritt eine juristische, die in dem hinterlassenen Vermögen fortgedachte Persönlichkeit des Erblassers. Dadurch werden die Rechte des Verstorbenen (mit jenen Ausnahmen) erhalten, und auch das Vermögen als Ganzes, welches noch immer als Vermögen gilt. Hereditas defuncti personam sustinet, siehe Note a des Lehrbuchs. Dieses Vermögen, als Gegenstand eines Uebergangs auf Ueberlebende, heißt Erbschaft, hereditas, der Verstorbene Erblasser.

In dieses Vermögen als Gesammtheit wird eine Succession eröffnet, zu dem doppelten Zwecke: der Uebertragung der Vermögensrechte, und der Erhaltung der Verbindlichkeiten. Der erste Zweck würde wegfallen, wenn keine Activa vorhanden wären, den zweiten hindert dies nicht, und darum ist auch eine überschuldete Erbschaft eine Erbschaft und Gegenstand der Succession.[1] Nur die Möglichkeit eines activen Vermögens wird vorausgesetzt. Ein Sclave kann sich durch Contracte naturaliter, durch Delicte sogar civiliter obligiren; dessenungeachtet hinterläßt er keine Erbschaft, ebenso ein Filiusfamilias nach altem Recht. Nach neuerem Recht fällt dieses Hinderniß bei Filiifamilias weg. Da dieselben allgemein eines activen Vermögens fähig sind, so existirt auch durch ihren Tod eine Erbschaft, und es wird eine Erbfolge eröffnet.

Die Succession, welche in die Erbschaft eröffnet wird, heißt Erbfolge, successio in universum ius defuncti, in das Ver-

1) Vgl. die Note d des Lehrbuchs citirten Stellen.

mögen als Ganzes, (nicht nothwendig in das ganze Vermögen, [omne ius defuncti]. Der Successor heißt Erbe, heres; sein Recht, welches er durch die wirkliche Succession erwirbt, Erbrecht, hereditas in diesem Sinne des Wortes.

Der Gegenstand dieses Rechtes ist nicht eine Sache, oder eine Gesammtheit von Sachen, sondern das Vermögen, die Gesammtheit von Rechten, die Erbschaft, also die Persönlichkeit des Erblassers, welche noch fort und fort als Subject der Erbschaft gedacht wird. Die Natur des Erbrechts besteht darin, daß der Erbe die Vermögensperson des Erblassers repräsentirt, daß sie in ihn übergegangen ist und von ihm dargestellt wird.

Hereditas iacens.

§. 447.

Es giebt eine Zeit, wo die Fortdauer der Persönlichkeit des Verstorbenen in seiner Hinterlassenschaft am anschaulichsten hervortritt, die Zwischenzeit zwischen seinem Tode und dem wirklichen Eintritte der Erben, hereditas iacens. Hier ist keine natürliche Person vorhanden, welche das Subject des Vermögens wäre; von dem Standpunkte der natürlichen Person aus müßten wir sagen, die Sachen seien herrenlos, und so haben sich auch wohl die römischen Juristen zuweilen ausgedrückt, nämlich in solchen Beziehungen, wo es auf die Existenz eines natürlichen Subjects ankommt. Diese Bestimmung ist ferner auch allgemein richtig, wo eine Universalsuccession gar nicht eintritt. — Das Subject, welches das Vermögen in Erwartung einer Universalsuccession zusammenhält, ist offenbar eine juristische Person.

Die Wirkung dieser juristischen Persönlichkeit ist aber nicht bloß die Verhinderung des Untergangs und der Herrenlosigkeit. Es können auch während dieser Zeit juristische Ereignisse eintreten, welche das Vermögen vermehren oder vermindern. Es ist eine mehrfach active Persönlichkeit, um die es sich hier handelt.

Nach römischem Recht zeigt sich dies vor Allem in der Möglichkeit, durch die Erbschaftssclaven zu erwerben, nämlich da, wo nicht ein Befehl, also der Wille des Herrn dazu gehört, (so konnte ein Erbschaftssclave hereditate iacente zum Erben eingesetzt werden — er ist nicht servus sine domino, — nur antreten kann er die Erbschaft nicht). Diese Repräsentation fällt nach heutigem

Recht weg. Es bleiben aber Erwerbungen, welche eine Handlung nicht voraussetzen, z. B. Erwerb durch Accession, Forderung aus unerlaubten Handlungen, Forderungen gegen einen negotiorum gestor; ebenso auch Verpflichtungen, z. B. durch einen negotiorum gestor, Eintritt einer Bedingung hereditate iacente.

Es ist hier noch nothwendig, einige Irrthümer der neueren Juristen näher zu betrachten.

1) Sehr häufig hat man sich vorgestellt, die juristische Persönlichkeit in der Erbschaft dauere nur bis der Erbe antrete. Dann höre sie auf. Aus der Erbschaft und dem Vermögen des Erben werde Ein Vermögen. Als Grund hat man angegeben: der Erbe hafte ja über den Bestand der Masse. Aber daraus folgt jene Vermischung der beiden Vermögen keineswegs, denn die Schulden haften nicht auf der Größe des Vermögens, es kann jemand überschuldet sein, und so auch der Erbe als Erbe, als Subject des erbschaftlichen Vermögens, so gut es der Erblasser selbst war. Er ist doch nur hereditario nomine, nicht suo nomine verpflichtet, wenn gleich ultra vires hereditatis.

Das Aufhören jener Fiction würde einen Grund haben, wenn die Erbschaft die Person des Erben darstellte, welcher nun selbst eintritt und keiner fremden Repräsentation mehr bedarf. Aber sie repräsentirt die Person des Erblassers.

Ihering[1] hat einen anderen Grund für dieselbe Behauptung aufgestellt. Nach ihm wäre die Fiction einer Persönlichkeit nur das Mittel, den Uebergang an den Erben zu bewirken. Wäre dieser Zweck erreicht, so lasse man das Mittel fallen. Mit demselben Argument könnte jemand sagen: das Fundament ist Mittel für die Erbauung des Hauses, ist dieses fertig, nehmen wir jenes weg. Aber jener Grundsatz ist ein Mittel, nicht für das Erbe werden, sondern für das Erbe sein. Wie das Fundament nicht dafür, daß das Haus entsteht, sondern daß es besteht. (Jene Behauptung führt darauf, das Erbrecht überhaupt nicht für ein Recht, sondern für eine bloße Erwerbsart von Rechten zu erklären.)

In der That muß die Person des Erblassers noch immer in der Erbschaft fortgedacht werden, denn ohne dies wäre keine Erbschaft als besonderes Vermögen denkbar. Daß die Erbschaft

---

1) Abhandlungen, Nr. III. (1844.)

aber noch immer als ein besonderes Vermögen gedacht werden muß, ergiebt sich daraus, daß sie der Gegenstand des Erbrechts ist, welches durch den Antritt erworben wird. Dieses Recht würde außerdem im Moment seiner Entstehung seinen Gegenstand verlieren, was absurd wäre.

So lange der Erbe noch als Erbe zur Sprache kommt, z. B. hereditario nomine belangt wird, so lange wird er auch noch als Repräsentant der juristischen Persönlichkeit des Erblassers betrachtet. So lange also existirt diese in der Erbschaft, und so lange besteht auch noch der Begriff der Erbschaft als eines besonderen Vermögens, ohne den auch der Begriff des Erben gar nicht denkbar ist. Das Subject des erbschaftlichen Vermögens im Ganzen ist der Erbe nur als Repräsentant der Person des Erblassers, (gewissermaaßen durch den Erblasser, welcher das unmittelbare Subject bleibt), eben dies gilt von den einzelnen Rechten als solchen, welche sich von der Person nicht trennen lassen, Obligationen; Subject anderer Rechte, namentlich des Eigenthums, ist der Erbe für seine Person, das Erbrecht verhält sich dazu nur als Erwerbsart.

Es läßt sich übrigens denken, daß er auch als Eigenthümer nur gelten kann in seiner Eigenschaft als Repräsentant des Erblassers. Dies ist der Fall, wenn er für seine Person nicht das Commercium einer gewissen Sache hat. Hier wird der Erbe Eigenthümer dieser Sache als Repräsentant des Erblassers.[2] Darin liegt zugleich eine merkwürdige Bestätigung des Satzes, daß die juristische Persönlichkeit, welche in der Erbschaft gedacht wird, nicht mit dem Antritt untergeht.[3]

---

2) L. 62. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.) Vgl. Beilage XXI. (und die Anmerkung 1. dazu. A. d. H.)

3) (Die im Text aufgestellte Ansicht hat zu einer mehr lebhaften als fruchtbaren Controverse Veranlassung gegeben. Vgl. v. Scheurl, Beiträge (1852) Nr. I., Pagenstecher, krit. Zeitschrift für die gesammte Rechts-Wissenschaft Bd. 1. (1852) S. 21—34., Schirmer, de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis. (1852), und andererseits: Windscheid, in der krit. Ueberschau der deutschen Gesetzgebung u. Rechts-Wissenschaft Bd. 1. (1853) Nr. 8. Zwei Auffassungen des Erbrechts sind möglich: 1) als bloße Erwerbsart, (adquisitio per universitatem), 2) als Gegenstand einer Erwerbung, (res incorporalis). (Gai. II. §. 14. 98. III. §. 84.) Die erstere läßt der Verfasser nur für das Eigenthum gelten und selbst hier nicht ohne Einschränkung, die eigentliche, allein berechtigte ist ihm die letztere. Dies hängt zusammen mit seiner Classification der Rechte nach ihrem Gegenstand. Vgl. Anm. 1. zu §. 46. Wenn er aber hieraus folgert, daß die erworbene Erbschaft durchgängig als ein besonderes Vermögen im Vermögen des Erben fortdauere, so daß der Erblasser das unmittelbare Subject der von der Person untrennbaren Rechte bilde, so geht

2) v. Savigny hat überhaupt geläugnet, daß die Erbschaft das Subject einer juristischen Person sei.[4] Er glaubt, daß die Römer bloß aus einem ganz einzelnen Grunde zu dieser Fiction veranlaßt gewesen seien, und ihre Wirkung auf ein besonderes Verhältniß beschränkt hätten. Als diesen Grund führt er an: es sollte der Erwerb durch einen Sclaven hereditate iacente, möglich sein, und da, wo er die Civität des Herrn voraussetzt, nach der Person des Verstorbenen beurtheilt werden. Diese Anwendung und somit die ganze Fiction sei im heutigen Recht weggefallen.

Unrichtig ist es vor Allem, daß der Grundsatz bloß in jener Beschränkung vorkomme;[5] man vergleiche nur die letzte in der Note a §. 446 des Lehrbuchs abgedruckte Stelle a. E. Aber es ist überhaupt bei diesem Versuche, die Theorie von der juristischen Persönlichkeit der Erbschaft zu entfernen, der systematische Zusammenhang derselben übersehen. Ohne diese Ansicht[6] ist ein Begriff des Erbrechts gar nicht möglich. Was v. Savigny als eine zufällige Erfindung der römischen Juristen ansieht, ist nichts Geringeres, als das Fundamentalprincip des ganzen Erbrechts, die Repräsentation der Person des Erblassers durch den Erben, mit welcher der Satz, daß wir in der Erbschaft die Person des Erblassers als fortdauernd uns zu denken haben, identisch ist.

Man darf sich darin auch nicht irre machen lassen durch einige Stellen des geschriebenen Rechts, wo gesagt zu sein scheint, die hereditas sei keine Person.[7] In diesen Stellen wird gesagt: der servus hereditarius kann keinen Usufructus hereditate iacente erwerben, und als Grund angeführt: ususfructus sine

er zu weit: Forderungen und Schulden des Erblassers werden auf den Namen des Erben eingeklagt, (Gai. IV. §. 34.), die Erbschaft selbst, oder ein Theil derselben, wird genau wie eine res corporalis vindicirt, bis eine Separation eintritt existirt nicht zwei, sondern nur Ein Vermögen, von dem die Erbschaft — iuncta enim hereditas coepit esse (L. 10. §. 2. D. de vulg. 28, 6.) — nur einen Bestandtheil ausmacht. A. d. H.)

4) System, Bd. II. §. 102. S. 363 ff.

5) Vgl. L. 34. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.)

6) (Mündlich nach Parbs a. a. O. S. 95: „Annahme". A. d. H.)

7) L. 61. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Ususfructus qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non adquiritur. L. 26. D. de stipul. serv. (45, 3): Ususfructus sine persona esse non potest; et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur; legari autem ei posse usumfructum dicitur, quia dies eius non cedit statim; stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergo, si sub conditione stipuletur? Nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.

persona esse non potest. Person heißt hier aber offenbar Individuum, natürliche Person. Ursprünglich waren von dem Erwerbe dieses Rechtes alle juristische Personen ausgeschlossen, dann wurden die Städte zugelassen. Diese Anomalie nicht auf die hereditas ausgedehnt zu sehen, darf daher nicht auffallen.

Erbfähigkeit. Erbberechtigung. Erwerb des Erbrechts.

§. 448—450.

Bei der Erbfolge sind verschiedene Momente zu unterscheiden, von denen dieselbe abhängt, Momente, welche successiv, oder auch vielleicht gleichzeitig eintreten müssen, damit jemand Erbe werde, damit das Erbrecht entstehe. Sie sollen jetzt dargestellt werden, und zwar rückwärts, beginnend mit dem Moment der Erwerbung selbst.

1) Der wirkliche Erwerb des Erbrechts, adquisitio hereditatis, (der letzte Moment des ganzen Herganges), geschieht regelmäßig durch einen Willensact des Erben, den Antritt der Erbschaft. Doch giebt es Erben, welche es ohne ihren Willen werden, necessarii heredes, bei denen also die folgenden Momente genug sind, um sie zu Erben zu machen. Siehe unten das dritte Kapitel.

2) Der Erwerbung des Erbrechts muß die Erbberechtigung vorausgehen; der Umstand, welcher eine Person zur Erwerbung berechtigt, heißt Delation. Nur bei den necessarii heredes ist dieses Moment mit dem Erwerb gleichzeitig, beide Momente fallen nicht auseinander. Nach heutigem Recht sind solche Erben nur die sui des Erblassers. Diese werden so angesehen, als brauchte ihnen gar nicht einmal deferirt zu werden, wie anderen Erben. Das Haupt der Familie ist das Subject des Vermögens. So wie dieses Haupt abfällt, werden die unmittelbar ihm folgenden die Häupter und damit die Subjecte des Vermögens; dieses hat ihnen gleichsam von jeher mitgehört, nur war ihr Recht durch die Gewalt des Verstorbenen gehindert. Dieses Hinderniß fällt durch den Tod desselben hinweg; sie bedürfen also gewissermaaßen keiner Berufung, sondern nur, daß sie nicht ausgeschlossen sind.[1]

---

1) Siehe die Stellen §. 450 Note a des Lehrbuchs.

Ein successives Verhältniß der Delation und Adquisition, und damit eine vollkommene Scheidung beider Momente tritt bei den übrigen Erben ein. Delation ist Berechtigung zum Erwerbe; darin liegt a) daß sie keine selbstständige und unabhängige Bedeutung, vielmehr eine Wirkung nur in der ihr folgenden Erwerbung hat; sie ist nur die Möglichkeit der Erwerbung, sie giebt kein selbstständiges Recht, (am wenigsten das Erbrecht, welches vielmehr erst durch die Erwerbung entsteht); b) nicht schon eine entfernte Möglichkeit, Erbe zu werden, ist Delation, sondern erst das Anerbieten der Succession, worauf die Erwerbung folgen kann, die unmittelbare Berechtigung zur Erwerbung. (Die Delation läßt sich in beiden Hinsichten mit der Proposition zu einem Vertrage vergleichen.)

Es giebt nur zwei Delationsgründe, d. h. Umstände, welche eine Person zum Erwerb des Erbrechts berechtigen: Bestimmung derselben zum Erben a) durch einen Rechtssatz, b) durch ein Rechtsgeschäft. Von diesen beiden Gründen geht der zweite dem ersten vor.

Der Erblasser kann sich eine gewisse Person zum Erben bestimmen. Nach römischem Recht kann dies nur geschehen durch ein einseitiges, stets revocables Rechtsgeschäft, welches die Form eines Testaments hat. Daher heißt das auf diesen Delationsgrund zurückzuführende Erbrecht, hereditas testamentaria. Die Ernennung des Erben gilt nur, insofern sie der letzte Wille des Erblassers war, sie wird erst durch seinen Tod bekräftigt. Nach deutschem Recht giebt es neben dem Testament auch eine Ernennung des Erben durch Vertrag, hereditas pactitia, Erbvertrag; hier bindet sich der Erblasser, was er nach römischem Recht nie thun kann.

Von solchen Erbverträgen sind zu unterscheiden Verträge über die Erbschaft eines Dritten. Das römische Recht erklärt auch diese für ungültig, wenn sie die künftige Erbschaft eines bestimmten Dritten betreffen, und zwar weil ein solcher Vertrag contra bonos mores sei. Nur in einem Fall wird derselbe zugelassen, wenn nämlich der Dritte zustimmt und seinen Willen auch nicht wieder ändert. Hier ist es doch seine und zwar letztwillige Anordnung, welche nur in jener Form des Vertrages ins Werk gesetzt wird.

Viele Juristen haben geglaubt, mit der Gültigkeit der Erbverträge seien auch diese Verträge gültig geworden.[2] Allein von jenen deutschen Erbverträgen findet durchaus kein Schluß auf diese Verträge statt, auch ist keine allgemeine Praxis dafür anzuführen, vielmehr sind stets viele Praktiker dagegen gewesen. Die Frage hängt lediglich davon ab, ob der Grund der Ungültigkeit auch für uns noch besteht, also ob sie auch unserem sittlichen Gefühl widerstreben. Dies ist allerdings zu behaupten. Es hat auch für uns etwas Verletzendes, über die Erbschaft eines bestimmten noch lebenden Dritten hinter seinem Rücken zu paciscieren.

Wenn der Erblasser sich nicht durch ein gültiges Rechtsgeschäft einen Erben ernannt hat, so bestimmt das Recht die Personen, welche zur Succession berechtigt sein sollen, legitima hereditas, Intestaterbfolge. Diese gesetzliche Erbfolge tritt ein, wenn die testamentarische nicht stattfindet. Damit hängt der Grundsatz zusammen: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.[3] Dieser Grundsatz wird nicht als eine willkührliche Bestimmung gegeben, sondern aus innerer Nothwendigkeit abgeleitet: earum rerum naturaliter inter se pugna est. Dagegen haben die Römer eine Ausnahme angenommen bei Soldatentestamenten, daher es zu Anfang der Stelle heißt: nemo in paganis u. s. w. Man hat zum Theil sehr künstliche Erklärungen dieser Regel versucht, die Sache ist in der That sehr einfach.

Vor Allem ist die Regel selbst richtig zu fassen. Das Resultat, daß in Beziehung auf eine und dieselbe Erbschaft testamentarische und Intestaterbfolge überhaupt zusammentreffen kann, ist ganz und gar nicht unmöglich; siehe z. B. unten bei der querela inofficiosi testamenti. Unmöglich ist dagegen die directe Herbeiführung dieses Resultats durch den Willen des Erblassers, so daß er nur über einen Theil seines Vermögens verfügte, den anderen der Intestaterbfolge überließe. In diesem Falle, wo also in einem Testament nur über einen Theil des Vermögens, welches der Erblasser hinterläßt, disponirt ist, bekommen die testamentarischen Erben auch das übrige. Ein Erblasser, welcher einen Erben ernennt, also testatus ist, kann nicht zugleich keinen Erben er-

---

2) Siehe die literarischen Notizen §. 449 Note c des Lehrbuchs.

3) Vergleiche §. 449 Note f des Lehrbuchs, insbesondere L. 7. D. de R. J. (50, 17.

nennen, intestatus sein, dies würde voraussetzen, daß er zwei Erbschaften hinterließe. Hätte er ferner den Willen, die Intestaterbfolge theilweise zuzulassen, so wäre dies am Ende nichts, als eine Ernennung der Intestaterben zu testamentarischen, nur eine ungültige, weil sie nicht in der gehörigen Form geschehen wäre. Hieraus ergiebt sich also: entweder träte die Intestaterbfolge ohne den Willen des Erblassers ein, dann dürfen wir die Intestaterben nicht zulassen, weil der Erblasser sie durch Errichtung eines Testaments ausgeschlossen hat; oder sie träte mit seinem Willen ein, welchen er in einem Testamente ausgesprochen hätte, dann wäre es eine Ernennung der Intestaterben, also keine Intestaterbfolge.

Die Regel besagt also im Grunde nichts als daß die gesetzliche Erbfolge eine Intestaterbfolge ist, und daß man dies streng verstanden hat, nur mit einer läßlicheren Behandlung der Soldatenerbschaften.[4]

Was die Zeit der Delation betrifft, so kann sie nie geschehen vor der Existenz der Erbschaft, also vor dem Tode des Erblassers. Hereditas viventis non datur. Die Regel ist, daß sie sofort mit dem Tode erfolgt. Dies gilt namentlich von dem testamentarischen Erbrecht, wenn es nicht bedingt ist, außerdem geschieht die Delation erst mit der Existenz der Bedingung. Die Delation der Intestaterbfolge setzt aber nicht bloß eine Erbschaft, sondern auch die Nichtexistenz eines Testaments voraus. Sie geschieht also erst zu der Zeit, wo es entschieden ist, daß der Erblasser intestatus gestorben ist.

Diese Zeit kann der Tod, aber auch ein späterer Zeitpunkt sein, wenn er ein Testament hinterlassen hat, welches erst später ungültig geworden ist. Die Intestaterbfolge kann aber mehrmals deferirt werden, successive Delation (§. 458); die Zeit der zweiten, dritten ꝛc. Delation ist die Aufhebung der ersten, zweiten ꝛc.

3) Ein weiteres Moment ist die Berufung; diese kann gleichzeitig sein mit der Delation, so bei der Berufung durch Rechts-

---

4) (Diese rein formale Auffassung der Regel läßt ihre materielle Bedeutung, welche in der Accrescenz (statt der Nichtigkeit des Testaments) hervortritt, unberücksichtigt. Man wollte dem letzten Willen des Erblassers, der nach den freisten und individuellsten Rücksichten verfahren kann, den verdienten Vorzug sichern vor dem unvollkommenen Gesetz, welches nicht das Verdienst, sondern nur die Familienstellung beachtet. Die äußere Anknüpfung fand sich leicht: man brauchte nur die gesetzliche Bedingung: si intestato moritur für untheilbar und durch partielle Erfüllung nicht deficirend, sondern ganz erfüllt gelten zu lassen. A. d. H.)

satz, also bei der Intestaterbfolge. Anders bei der testamentarischen Erbfolge; hier geschieht die Berufung durch ein Rechtsgeschäft, durch das Testament, sie geht also der Delation voraus.

4) Zu allen diesen Momenten muß die Fähigkeit der Person, Erbe zu werden, hinzukommen. Die Erbfähigkeit ist für die Berufung, für die Delation und für den Erwerb erforderlich. Sie ist daher wohl zu unterscheiden von der bloßen Erwerbfähigkeit, Capacität, deren Mangel der Berufung und der Delation nicht entgegensteht; z. B. die Erwerbsunfähigkeit des zweiten Ehegatten.

Nach dem Obigen bestimmt sich der Zeitpunkt der Fähigkeit des Erben. Bei der Intestaterbfolge fällt Berufung und Delation zusammen, so daß also hier nur zwei Zeitpunkte: Delation und Erwerbung unterschieden werden. Eine dazwischen eintretende Unfähigkeit vernichtet die Delation.

Bei der testamentarischen Erbfolge unterscheiden wir drei Zeitpunkte: Berufung, d. h. Errichtung des Testaments, Delation, Erwerb; [an allen drei Zeitpunkten muß der Erbe fähig sein]. Eine Unfähigkeit, welche zwischen der Berufung und Delation eintritt, schadet nicht. Auch bei der bedingten Ernennung gilt kein anderer Grundsatz, nur ist hier die Zeit der Delation eine andere, [nämlich die Existenz der Bedingung, nicht der Tod des Erblassers]. Es wird ausdrücklich gesagt, auch hier gebe es drei Zeitpunkte. Dessenungeachtet haben einige Neuere Tod und Existenz der Bedingung, also vier Zeitpunkte angenommen, wegen der Retrotraction [der Bedingung auf die Zeit des Todes des Erblassers]. Drei Zeitpunkte, sagen sie, gäben die römischen Juristen auch deshalb an, da von Delation bis Acquisition nur Einer sei. [Der zweite und dritte Zeitpunkt[5] werde durch die ununterbrochene Erbfähigkeit zu einem einzigen gemacht.] Aber dann würden bei der unbedingten Ernennung nur zwei sein. Die ganze Behauptung ist eine grundlose Erfindung. Fictionen darf man nicht zur Consequenzmacherei gebrauchen.

Die einzelnen Unfähigkeiten siehe im Lehrbuch §. 448; die meisten derselben bestehen im heutigen Recht nicht mehr, namentlich nicht diejenigen, welche die natürlichen Personen betreffen.

---

5) (Die Nachschrift bei Parbs a. a. O. S. 95: „der erste und zweite Zeitpunkt" beruht auf einem Irrthum. A. d. H.)

Dagegen haben die Grundsätze über die juristischen Personen in dieser Hinsicht noch Gültigkeit.

5) Endlich ist der Tod des Erblassers die wesentliche Voraussetzung für die Erbfolge. Ein Erbe ist nicht früher denkbar, aber auch die Delation kann nicht früher eintreten.

Tod und Delation können gleichzeitig sein, (siehe oben). Eben so auch Tod und Erwerbung. Das letztere ist der Fall bei den heredes necessarii, (wenn nicht eine spätere Delation erfolgt, z. B. das Testament, worin der suus enterbt worden ist, nachher destitut wird). Bei den heredes voluntarii tritt der Erwerb immer erst nach dem Tode des Erblassers ein, die Zwischenzeit kann eine kürzere oder längere sein; auf die Wirkung des Erwerbes hat der Zeitpunkt des Todes keinen Einfluß. Die Natur der Succession fordert, daß der Erbe unmittelbar auf den Erblasser folge, auch der späteste Erwerb wird in seiner Wirkung so behandelt, wie wenn er mit dem Tode geschehen wäre. Dadurch unterscheidet sich der directe Erbe von einem, an welchen die Erbschaft erst mittelbar gelangt, so durch Fideicommiß, denn hier steht zwischen dem Fideicommissar und dem Erblasser ein Anderer in der Mitte, welcher der wahre und directe Erbe ist.

Darauf bezieht sich folgendes wichtige Princip. Es kann Niemand directer Erbe werden, der nicht beim Tode des Erblassers existirt hat, (daß er schon geboren war, ist nicht erforderlich, wohl aber daß er concipirt, in rerum natura war). Der allgemeine Grund dieses Princips, sowohl für die testamentarische als für die Intestaterbfolge liegt in obiger Wirkung des Erbrechts. Außerdem würde der Erblasser keinen unmittelbaren Successor haben.

Für die Intestaterbfolge läßt sich noch ein besonderer Grund anführen, der mitwirkt, ohne die Wirkung jenes ersten, welcher schon für sich allein hinreichend wäre, zu schwächen. Die Intestaterbberechtigung hängt von einem Verhältniß des Erblassers ab: Verwandtschaft oder Ehe. Keiner dieser Successionsgründe kann für eine Person angeführt werden, welche nie mit dem Testator coexistirt hat. Man kann nur mit einer gleichzeitig lebenden Person in dem juristischen Verhältniß der Verwandtschaft stehen, (obwohl im gemeinen Leben abusive von einer Verwandtschaft unter Personen, welche durch Jahrhunderte getrennt sind, gesprochen werden mag).

Manche Juristen haben diesen Grundsatz für einen ganz willkührlichen gehalten, indem sie ihn ohne Einsicht in seine innere Haltung aufgefaßt haben. Sie haben sich dabei auf die Worte der L. 6. 8. D. cit.[6] berufen: lex XII tabularum eum vocat etc. und: Item praetor pollicetur his, qui etc., und behauptet, weil diese Bestimmung nicht wiederholt sei in der Novelle 118, so gelte sie auch nicht mehr. Dies ist eine ganz falsche Auffassung. Der Jurist sagt a. a. O. nicht, die zwölf Tafeln und das Edict hätten das erklärt, sondern er giebt es als eine Deduction aus dem Princip des Intestaterbrechts, als eine nothwendige Folge davon, daß die Verwandtschaft der Successionsgrund ist. Diesen inneren Grund giebt er auch ausdrücklich am Ende der angeführten Stelle an: Nam quod in consuetudine nepotes etc. Außerdem bleibt aber auch noch jener gemeinschaftliche Grund, welcher von jeder Aenderung des Intestaterbrechtsprincips unabhängig ist.

Der in der L. 54. D. de adquir. vel omitt. her. (29, 2) und in mehreren anderen Stellen ausgesprochene Grundsatz von der Zurückbeziehung des Erwerbs auf die Zeit des Todes des Erblassers hat einen wesentlichen Zusammenhang mit der Natur der erbrechtlichen Succession selbst, wie wir gesehen haben.

Auch hier glaubt Ihering (in der im §. 447 Note 1. angeführten Abhandlung), jener Grundsatz sei zu einem anderen, äußerlichen Zweck erfunden worden, nämlich um Erwerbungen hereditate iacente möglich zu machen. Die älteren Juristen hätten diesen Zweck durch ihn erreicht, die späteren durch die oben erwähnte Fiction der Person des Erblassers in der Erbschaft. Dadurch kommt er zu dem Schluß, jenes Princip sei durch dieses antiquirt.

Aber beide Principien bestehen neben einander, so behandeln sie auch die römischen Juristen; noch die späteren führen eines

6) L. 6. D. de suis et leg. (38, 16): Titius exheredato filio extraneum heredem sub conditione instituit. Quaesitum est, si post mortem patris pendente conditione filius uxorem duxisset, et filium procreasset, et decessisset, deinde conditio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem hereditas avi pertineret. Respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit; — L. 8. pr. D. eod.: Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς, i. e. per relationem accidit (Julianus).

wie das andere als geltend an. Es ist daher nicht richtig, wenn Ihering sie deshalb eines groben Irrthums zeiht, er selbst befindet sich in einem Irrthum, wenn er dem Grundsatz bloß jene Bedeutung giebt. Seine wahre Bedeutung ist, den Eintritt der Wirkung des Erwerbs des Erbrechts zu bestimmen, nicht die Wirkung anderer Erwerbungen.[7]

Unterscheidung von hereditas und bonorum possessio.

§. 451.

Es ist eine Eigenthümlichkeit des römischen Erbrechts, daß es in einer doppelten Gestalt auftritt. Die Theilung des römischen Rechts in Civilrecht und prätorisches Recht hat auch hier Einfluß gehabt, ja einen wichtigeren als in irgend einem anderen Rechtstheile. Wir finden ein Erbrecht des Jus civile, die eigentliche hereditas, welches in seinen Grundlagen bis in die ältesten Zeiten hinaufreicht, und für das namentlich die zwölf Tafeln lange, bis auf Justinian herab maaßgebend waren. Daneben stand ein auf eigenen Principien beruhendes, in sich ebenfalls genau ausgebildetes Erbrecht des prätorischen Edicts, mit dem unscheinbaren Namen bonorum possessio.

Es giebt verschiedene Fälle, in denen der Prätor einen Güterbesitz zu geben verspricht, z. B. den Gläubigern eines insolventen Schuldners. So denn auch in die Güter eines Verstorbenen denen, welchen er einen Erbanspruch auf sie zuerkennt. Hier ist die bonorum possessio also ein Erbrecht. Das Edict unterscheidet, wie das Civilrecht, zwei Fälle: Existenz eines Testaments, und Intestaterbschaft. Für den ersten Fall hat es eine doppelte bonorum possessio: contra tabulas und secundum tabulas. Für den zweiten Fall giebt es so viele bonorum possessiones, als Ordnungen von Personen sind, die theils neben, theils nach einander Anspruch auf die Erbschaft haben.

---

7) (Der Meinung des Verf. steht entgegen L. 8. D. de R. C. (12, 1): —— heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Julianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi quo hereditas adita fuerit cum repudiatum sit legatum aut adpositum. (Gai. II. §. 200.) Die Natur der Succession fordert nicht, daß der Erbe unmittelbar auf den Erblasser folge, sie fordert nur, daß kein anderer Berechtigter zwischen beiden stehe. A. d. H.)

Ueber den Ursprung und die erste Veranlassung dieses prätorischen Erbrechtssystems giebt es verschiedene Ansichten. Unzweifelhaft ist, daß es in seiner weiteren Ausbildung die Bestimmung hatte, das Civilrecht zu ergänzen (in solchen Fällen, wo dieses über die Erbschaften nicht verfügte), und den späteren Rechtsansichten gemäß zu modificiren. Manche glauben nun, am Anfange sei die Tendenz eine andere gewesen, nämlich bloß den Civilerben unter gewissen Voraussetzungen eine vortheilhaftere, schnellere Rechtshülfe zu gewähren; erst später habe man dann von diesem Institut den Gebrauch gemacht, auch andere Personen zur Erbschaft zu berufen. Dies ist nicht so wahrscheinlich, als die entgegengesetzte Ansicht, wonach die Absicht von Anfang darauf ging, zugleich Personen zu berufen, welche nach Civilrecht nicht erbberechtigt waren.[1]

So lange das auf die Quellen des Jus civile sich gründende Erbrecht seine alten Principien festhielt, durch die es den Kreis der erbberechtigten Personen sehr beschränkte, so lange blieb die bonorum possessio von umfassender Wichtigkeit. Unter den Imperatoren fing auch die hereditas an sich zu erweitern, es wurden immer mehr Erbberechtigungen darin aufgenommen, die früher zurückgewiesen und nur auf das prätorische Recht angewiesen waren. In demselben Maaße verringerte sich die Nothwendigkeit der bonorum possessio. Doch waren bis auf Justinian jene Verordnungen keine durchgreifenden Reformen. Selbst in den Gesetzbüchern Justinian's werden noch die alten Principien der hereditas im Ganzen festgehalten; daneben tritt noch die bonorum possessio ziemlich in ihrem alten Umfange auf. In einigen Novellen dagegen hat Justinian eine so durchgreifende Reform einiger Seiten des Erbrechts, namentlich des Notherbrechts und der Intestaterbfolge vorgenommen, daß nun die Frage entsteht, ob und wie weit das prätorische Erbrecht noch daneben auf die Bedeutung eines praktischen Erbrechtsinstituts Anspruch hat.

Diese Bedeutung hängt von den Unterschieden beider Institute und ihrer Fortdauer ab. Die vornehmsten sollen nun hervorgehoben werden.

---

1) Vergleiche hierüber das Nähere in Puchta, Cursus der Institutionen Bd. III. §. 316.

1) Erbberechtigung. Zur bonorum possessio sind berufen:

a) Personen, welche auch zur hereditas in diesem Falle berufen sind. So zur bonorum possessio contra tabulas diejenigen, welche schon nach Civilrecht Erben werden gegen das Testament, in welchem sie präterirt sind; zur bonorum possessio secundum tabulas die im Testament eingesetzten Erben, wenn das Testament iure civili gültig ist, aber auch die Erfordernisse eines prätorischen Testaments hat; zur bonorum possessio intestati die Civilintestaterben. Für alle diese ist die bonorum possessio nicht nothwendig, um zur Erbschaft zu kommen, sie ist für sie nur von Bedeutung, sofern sie gewisse Vortheile mit sich führt, welche die hereditas nicht gewährt.

b) Personen, welche nicht zur hereditas berufen sind. Die bonorum possessio contra tabulas ist für solche gegeben, welche nach Jus civile präterirt werden können, während der Prätor ihre Einsetzung oder Enterbung fordert, die bonorum possessio secundum tabulas aus einem prätorischen Testamente, welches iure civili ungültig ist, die bonorum possessio intestati für die von der hereditas ab intestato ausgeschlossenen, z. B. nach altem Recht überhaupt die natürlichen Verwandten. Für diese ist die bonorum possessio nothwendig, wenn sie erben wollen. Nach dem alten Civilrecht war für sie nur gesorgt durch das Institut der pro herede usucapio, wodurch auch ein Unberechtigter heres werden konnte. Aber dies hing vom Zufall ab, nach Civilrecht hatte der Verwandte kein besseres Recht dazu als der Fremde.

Durch die neueren Reformen sind nun immer mehr Personen aus der zweiten Reihe in die erste übergetreten.

Die Nothwendigkeit der bonorum possessio contra tabulas hat durch die Novelle 115 aufgehört, ja nach der richtigen Ansicht hat sich dieses neueste Notherbrecht der Präterirten an die Stelle der beiden alten Systeme des Civilrechts und prätorischen Rechts gesetzt, also die bonorum possessio contra tabulas aufgehoben, siehe oben.

Die Nothwendigkeit der bonorum possessio secundum tabulas ist dadurch sehr verringert, daß eine neue Civiltestamentsform eingeführt ist, welche in mancher Hinsicht nicht so streng ist, als die alte. Auf der anderen Seite ist die prätorische Testamentsform aufgehoben; auch die bonorum possessio fordert die Beobachtung jener Form, wird also wegen eines Formfehlers nicht mehr gegeben. Doch giebt es noch eine Anzahl einzelner Fälle, wo nach dem Wortlaut des justinianischen Rechts ein Testament iure civili

(aus anderen Gründen) ungültig ist, während die bonorum possessio stattfindet.

Die Nothwendigkeit der bonorum possessio intestati ist für Verwandte nach der Novelle 118 weggefallen, ihre Bestimmungen treten an die Stelle der beiden alten Erbrechtssysteme. Dagegen ist noch das Erbrecht der Ehegatten als bonorum possessio (unde vir et uxor) stehen geblieben.

2) Verhältniß der bonorum possessio zur hereditas. Es kann geschehen, daß der bonorum possessor bloß ein nominelles Recht hat, wenn nämlich ein heres existirt, welcher ihm als solcher die Erbschaft abstreiten kann. In diesem Fall heißt die bonorum possessio sine re; im entgegengesetzten Fall wird sie bonorum possessio cum re genannt.

3) Wirkung der bonorum possessio überhaupt. Der Prätor behandelt den bonorum possessor wie einen Erben. Er giebt ihm die actiones hereditariae als utiles actiones (ficto eo herede), ebenso aber auch die gegen ihn gerichteten Klagen. Dieser Unterschied zwischen directae und utiles actiones hat nach neuerem Recht keine Bedeutung mehr, der bonorum possessor steht dadurch nicht schlechter als der heres. Ebenso ist auch die hereditatis petitio auf ihn übertragen worden. Aber dem bonorum possessor ist außerdem noch ein besonderes Rechtsmittel gegeben, um den Besitz der Güter zu erlangen, das interdictum quorum bonorum. Dieses Rechtsmittel hatte gewisse Vortheile, theils processualische, theils materiellrechtliche, (so die Rescission der usucapio pro herede). So lange diese bestanden, war die bonorum possessio auch für heredes von Wichtigkeit. Diese Vortheile wurden aber später theils aufgehoben oder unbedeutend, theils wurden sie der hereditatis petitio mitgetheilt.

Eine Wirkung der bonorum possessio in gewissen Fällen ist allerdings noch für das neuere Recht erheblich. Zuweilen nämlich verschafft sie einen interimistischen Erbschaftsbesitz, wo das bloße Civilerbrecht keinen Anspruch darauf giebt. Dies ist ein Vortheil, welcher auch für den Civilerben der bonorum possessio einen ansehnlichen Werth geben kann.

4) Erwerb. Zum Erwerb der bonorum possessio ist stets eine Erklärung, daß man sie wolle, erforderlich, und zwar muß diese Erklärung vor Gericht abgegeben werden. Ferner muß sie innerhalb einer gewissen Zeit erfolgen, (in einem Jahr oder

hundert Tagen). In den meisten Fällen ist diese Erklärung hinreichend, bonorum possessio edictalis. In einigen aber soll die bonorum possessio nur nach vorausgegangener causae cognitio durch Decret gegeben werden, bonorum possessio decretalis.

Die Frage von der Anwendbarkeit der bonorum possessio betrifft nun vornehmlich die Anwendung dieser Grundsätze von ihrem Erwerb. Das Resultat ist folgendes:

1) In den meisten Fällen ist die bonorum possessio entschieden antiquirt, also auch die Erwerbung des Erbrechts nach den Grundsätzen der hereditas zu beurtheilen.

2) Eine Anzahl von Fällen giebt es, wo auch noch nach dem neuesten justinianischen Recht das Erbrecht als ein prätorisches dargestellt wird; dahin gehört die bonorum possessio unde vir et uxor, ferner mehrere Fälle der bonorum possessio secundum tabulas. In diesen Fällen ist nicht wörtlich erklärt, daß das Erbrecht eine hereditas sein soll, aber consequent ist es, hier so gut ein Civilerbrecht anzunehmen, wie in den anderen Fällen. Daher läßt sich wohl behaupten, daß auch hier die besonderen Grundsätze von dem Erwerb der bonorum possessio wegfallen, wohin auch die Praxis sich geneigt hat.

3) In den Fällen dagegen, wo die bonorum possessio die Bestimmung hat, einen provisorischen Erbschaftsbesitz zu verschaffen, liegt es in der Natur der Sache, daß die Grundsätze vom Erwerb der bonorum possessio noch anzuwenden sind, also eine Agnition innerhalb der gesetzten Frist geschehen muß.

Vermächtniß.

§. 452.

Der Erblasser kann eine Singularsuccession in seine Erbschaft anordnen, welche neben der Universalsuccession besteht. Diese Anordnung heißt Vermächtniß. Das Recht des Vermächtnisses ist kein besonderes Recht, sondern eine Obligatio zwischen dem Honorirten und Onerirten, (welcher das Vermächtniß prästiren soll), aber es steht mit dem Erbrecht in einem sehr wesentlichen Zusammenhang. Das Vermächtniß ist

a) eine letztwillige Gabe,

b) eine Gabe aus der Erbschaft, und setzt daher einen Erben, testamentarischen oder Intestaterben voraus, oder wenigstens einen Successor, der loco heredis, und auf welchen daher

die Prästation der Vermächtnisse übertragen ist. Dadurch ist das Vermächtniß unterschieden von der mortis causa donatio, eine Gabe aus dem Vermögen des Lebenden, welche nur erst durch den Tod desselben perfect wird, [und bei der es gleichgültig ist, ob eine Erbfolge eintritt oder nicht, da sie auch nicht in die Erbschaft übergeht].

Im römischen Recht kommen zwei Formen des Vermächtnisses vor:

1) Vermächtniß des Jus Civile, legatum; der Honorirte heißt hier legatarius. Die Eigenthümlichkeit des Legats besteht darin, daß die Anordnung in bestimmten Wortformen geschehen mußte, durch verba civilia, directa, (diese bestanden entweder in einer unmittelbaren Anweisung an den Legatar: do lego, capito, praecipito, oder in einem Befehl an den Erben: damnas esto). Ferner konnte das Legat nur einem Erben, und zwar einem testamentarischen auferlegt werden.

2) Vermächtniß des allgemeinen Rechts, fideicommissum; der Vermächtnißnehmer heißt hier fideicommissarius, der Onerirte fiduciarius. Die Form der Anordnung war eine willkührliche, sie geschah durch Worte, welche ein Gesuch zu prästiren enthalten, verba precativa; diese können nicht bloß an den Erben, testamentarischen und Intestaterben gerichtet werden, sondern an jeden, der durch den Testator etwas erhält.

Die Theorie beider Vermächtnisse war ursprünglich ganz verschieden; aber schon am Ende der dritten Periode war die Ausgleichung dieser beiden Arten ziemlich weit geführt. Doch blieben noch immer Unterschiede bestehen, welche die Scheidung praktisch wichtig machten.

Diese Unterscheidung war leicht, so lange die Form der Anordnung für beide eine andere war. Nun verordneten aber die Söhne Constantins, daß auch Legate ohne jene bestimmte Wortformen sollten gemacht werden können, der Ausdruck des Willens soll gleichgültig sein. Consequent hätten diese Gesetzgeber zugleich erklären müssen, daß von nun an alle Vermächtnisse gleicher Natur sein sollten. So weit ging man aber damals nicht, man behielt die Verschiedenheiten beider Arten bei, und so entstanden nothwendig Zweifel, ob ein Vermächtniß Legat oder Fideicommiß sei. Diesen Zweifel über die Anwendbarkeit des einen oder anderen Rechts mußte man doch wieder nach den Worten —

verba directa, precativa — entscheiden, wobei es denn aber nicht an Willkührlichkeiten fehlte, da ja die Worte selbst der freien Wahl überlassen waren.

Erst Justinian verordnete, was schon die Söhne Constantins hätten thun sollen, jeder Unterschied zwischen Legat und Fideicommiß soll wegfallen, jedes Legat als Fideicommiß, jedes Fideicommiß als Legat angesehen werden können. Dadurch ist es rechtlich ganz gleichgültig geworden, ob man den einen oder den anderen Namen gebraucht, der Sprachgebrauch in dieser Beziehung ist jetzt lediglich etwas conventionelles. Im justinianischen Recht wird der Name Legat noch gebraucht in den Fällen, wo nach altem Recht ein solches möglich gewesen war, wenn also die Auflage an den testamentarischen Erben geschah; außerdem kommt der Name Fideicommiß vor, z. B. bei der Auflage an den Intestaterben oder Legatar. Heutzutage braucht man den Namen Fideicommiß, wenn das Gut, (der Gegenstand des Vermächtnisses), zunächst dem Onerirten zugedacht ist, und erst von diesem, nachdem er es eine Zeit lang behalten hat, an den Vermächtnißnehmer kommen soll; den Namen Legat, wenn der Vermächtnißnehmer die Sache unmittelbar erhält.

Eine andere wichtigere Verschiedenheit tritt ein durch den möglichen Gegenstand der Vermächtnisse:

1) Es können einzelne Vermögensbestandtheile vermacht sein, singulae res per legatum vel fideicommissum relictae, Singularvermächtniß. Dies ist das Vermächtniß in seiner Reinheit, reine Anordnung einer Singularsuccession.

2) Es ist die Erbschaft ganz oder zu einem quoten Theil vermacht, partitio legata, fideicommissum hereditatis, Universalvermächtniß. Hier tritt eine Art Conflict zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Gegenstande ein. Nach dem Gegenstande wäre eine Universalsuccession zu erwarten gleich dem Erbrecht, nach der Form des Geschäfts dagegen ist eine Singularsuccession angeordnet. Für diesen Fall des Vermächtnisses hat sich das Recht folgendergestalt entwickelt. Anfangs war die Form der Anordnung die vorherrschende Potenz, daher fanden auch durchaus die Grundsätze von der Singularsuccession Anwendung. Später wurde beim Universalfideicommiß der Gegenstand als das bestimmende Moment anerkannt. Wie dem Gegenstande nach sollte der Universalfideicommissar auch seiner rechtlichen Stellung nach einem Erben analog

sein. Im justinianischen Recht ist diese Behandlung vollständig durchgeführt, hier ist das Universalfideicommiß ein vermitteltes Erbrecht, fideicommissaria hereditas. In Beziehung auf die Art, wie er sein Recht erhält, wird der Universalvermächtnißnehmer als Vermächtnißnehmer aufgefaßt, in Beziehung auf die Wirkung wird er wie ein Erbe behandelt. Die Neueren haben auch hierbei die Theorie von Delation und Acquisition anwenden wollen, was ganz unrichtig ist — wie bei jeder anderen Obligatio.

Zweites Kapitel.
Delation des Erbrechts.

Intestaterbfolge.

Successionsgründe.

Verwandtschaft.

§. 453.

Das Recht beruft zur Erbfolge in Ermangelung testamentarischer Erben. Es bestimmt die Eigenschaft, welche einer Person einen Anspruch auf diese Berufung giebt. Diese Eigenschaft heißt Successionsgrund. Es sind zwei Successionsgründe anerkannt: Verwandtschaft und Ehe. Der erste ist bei weitem der wichtigste.

Nach ältestem Recht war es nicht die natürliche Verwandtschaft, welche diese Wirkung hat, sondern die Agnation, und dann die Quasiverwandtschaft der Gentilität. In dieser Hinsicht hat schon das prätorische Edict, ferner die Gesetzgebung der Imperatoren und Kaiser das alte Recht bedeutend modificirt. Doch blieb das Recht der Agnaten und das der Cognaten noch lange in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme, die Cognation stand noch vielfach gegen die Agnation zurück. Noch in den justinianischen Gesetzbüchern liegt die alte Anschauung zu Grunde; erst nach deren Abfassung hat Justinian das alte Princip entschieden aufgegeben, und durch eine durchgreifende Reform die

Cognation zum Fundament der Intestaterbfolge gemacht, dadurch zugleich diese sehr vereinfachend. Diese Reform ist enthalten in der Novelle 118 vom Jahre 543. Die Agnation kommt nach den Bestimmungen dieser Novelle nur noch zur Sprache bei der Adoptivverwandtschaft, welche reine Agnation ist, und doch noch immer ein Successionsrecht geben soll. Bei den wirklichen Cognaten hat es keinen Einfluß mehr, ob sie zugleich Agnaten sind oder nicht.

Das Recht der Cognation ist nun nicht mehr, wie dies früher der Fall war, auf die näheren Grade eingeschränkt. Auch die entfernteste Cognation, wenn sie nur nachweisbar ist, giebt einen Erbanspruch, versteht sich in der gesetzlichen Ordnung. Dies Vorrecht hatte früher nur die Agnation, auf die Cognation nahm auch der Prätor über den sechsten, resp. siebenten Grad hinaus keine Rücksicht.

Das neueste Recht kennt auch keinen Unterschied in der Berechtigung der Männer und Frauen, während das Agnationsrecht der letzteren im älteren Recht eingeschränkt war. Ferner findet in der Regel der Grundsatz der Reciprocität statt, d. h. die gegen einander Successionsberechtigten sind es gegenseitig, wenn auch nicht in demselben Grade.

Wegen der Erforderniſſe und Arten der Verwandtschaft ist auf die allgemeine Lehre von der Verwandtschaft §. 39. u. folg. zu verweisen. Nur zwei besondere Arten verlangen in Beziehung auf die erbrechtliche Wirkung noch eine besondere Erörterung, welche in den folgenden Paragraphen gegeben werden soll.

Von der Adoptivverwandtschaft.

§. 454.

Der Adoptirte tritt in die Familie des Adoptivvaters, er wird Agnat aller Agnaten desselben, zugleich mit den Rechten der Cognation. Zu den bloßen Cognaten des Adoptivvaters kommt er in kein juristisches Verhältniß, ebenso wenig zur Frau des Adoptivvaters. Auch nach neuestem Recht giebt jene Adoptivverwandtschaft einen vollkommenen Successionsgrund ab, und zwar einen reciproken. Diese Wirkung hat die Adoption aber nur, wenn der Erbfall während der Dauer derselben eingetreten ist; durch die Aufhebung des Adoptivverhältnisses wird der Suc-

cessionsgrund beseitigt. Schon nach römischem Recht wurde durch Emancipation diese Wirkung hervorgebracht, die capitis deminutio zerstört die Agnation. Nach dem Geist des neuesten Rechts müssen wir dieselbe Wirkung jeder Aufhebung, auch durch den Tod des Adoptivvaters zuschreiben, (die capitis deminutio selbst hat keine Bedeutung im heutigen Recht). Der Adoptirte beerbt den Adoptivvater, aber von dessen Tode an nicht mehr einen Verwandten desselben. Dagegen ist der s. g. emancipatio germanica, (wenn der Sohn einen eigenen Haushalt einrichtet, wenn die Tochter heirathet) diese Wirkung nicht zuzuschreiben. (Manche Particularrechte beschränken die Wirkung der Adoption auf die gerade Linie abwärts vom Adoptivvater, z. B. das Preußische Landrecht).

Diese Successionsrechte sind der Regel nach reciprok. Eine Ausnahme tritt nur ein bei dem arrogator impuberis; dieser hat, wenn der Arrogirte in der Unmündigkeit verstirbt, kein Erbrecht an dessen Vermögen, sondern muß dasselbe an die Verwandten desselben herausgeben, (diese Folge tritt nach Preußischem Landrecht überall ein).[1]

Diese Adoptivverwandtschaft und ihre Wirkung setzt eine Arrogation oder eine vollkommene Adoption voraus. Die unvollkommene Adoption bewirkt nicht die väterliche Gewalt, und bringt den Adoptirten mithin nicht in die Familie des Adoptirenden. Ihre Wirkung beschränkt sich auf ein Intestatsuccessionsrecht des Adoptirten als Kind gegen den Adoptirenden, dieses Recht ist auch nicht reciprok und steht nicht gegen die Verwandten des letzteren zu. Dasselbe gilt von der Adoption durch eine Frau.

Das Verhältniß des Adoptirten zu seinen leiblichen Verwandten bestimmt sich folgendermaaßen. Die Cognation des Adoptirten wird durch den Act der Adoption nicht betroffen. Er bleibt nach wie vor Cognat seiner Cognaten, auch seiner leiblichen Eltern. Mithin ist er auch gegen sie successionsberechtigt.

Eine andere Frage ist: bleibt der in Adoption Gegebene im Kindesverhältniß zu seinen leiblichen Eltern und in dem Successionsrecht als Kind, erbt er also in der ersten Klasse? Hinsichtlich der Mutter ist die Frage unzweifelhaft zu bejahen, die Mutter wird nicht verändert; hinsichtlich des Vaters gilt dasselbe bei der

---

1) (Allgem. Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 2. §. 691—702. A. d. H.)

unvollkommenen Adoption, ferner bei der vollkommenen nach Aufhebung des Adoptionsverhältnisses.

Bestritten ist die Frage hinsichtlich des Vaters während der Dauer einer vollkommenen Adoption.[2] Nach dem Recht des Codex ist sie unzweifelhaft zu verneinen. L. 10. C. de adopt.[3] erklärt, bei der vollkommenen Adoption steht der Adoptirte im Kindesverhältniß nur zum Adoptivvater, nicht zum leiblichen: der pater lege ist an die Stelle des pater natura getreten, der Adoptirte ist bloß Kind des Adoptivvaters, beerbt nur ihn als Kind, non patris naturalis successionem molestare concedatur. Dies stimmt auch mit dem früheren Recht überein. Man hat für widersprechend gehalten eine Pandektenstelle, nach welcher das Verbot der in ius vocatio auch gegenüber dem leiblichen Vater gelten soll; aber hier wirkt manches Kindesverhältniß, welches sonst keine rechtliche Bedeutung hat. Die bedeutendste, gewöhnlich übersehene Stelle, wodurch die Behauptung zweifelhaft werden könnte, ist die L. 1. §. 12. D. de ventre in poss. mitt. (37, 9) in Note e des Lehrbuchs, welche folgenden Fall behandelt: ein in Adoption gegebener und darin verstorbener Sohn hat ein Kind während der Adoption erzeugt, dieses beerbt seinen leiblichen Großvater wie ein emancipatus. Also, könnte man denken, würde der Sohn auch geerbt haben nach der Regel: ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in iure civili. Aber dieser Schluß wäre falsch, wie wir denn darüber eine ausdrückliche Belehrung bei Gaius[4] finden, wo gesagt wird, die Kinder in adoptiva familia beerben den leiblichen Vater nur in der Classe der Cognaten.

Manche glauben aber, dies sei aufgehoben durch die Novelle 118, denn wenn dies auch nicht ausdrücklich in derselben ausgesprochen sei, so müsse man doch vermöge des allgemeinen Princips, welches der Novelle zu Grunde liege, annehmen, daß in Beziehung auf die Erbberechtigung keine Rücksicht auf die

---

2) Vgl. die Stellen und Literaturnotizen in Note e des Lehrbuchs.

3) L. 10. pr. C. de adopt. (8, 48): — — Et ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem, et Papiniani sententia in hac specie procedat, et ad eum tantummodo filius adoptivus spes totas extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur, sed avita et proavita tantummodo reverentia protegetur, eique acquirat, quae possunt acquiri et prodesse, et is solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit.

4) Gai. III. §. 31: Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

väterliche Gewalt zu nehmen sei. Indessen sofern mit der väterlichen Gewalt das Kindesverhältniß verbunden ist, muß man sagen, es ist auch eine ganz natürliche Anschauung, daß Niemand gleichzeitig zwei Väter haben soll, und daher steht jener Grundsatz auch mit den Principien der Novelle gar nicht in Conflict.

Uebrigens wäre es entschieden Unrecht, unter jener Voraussetzung noch fortwährend die Beschränkung der Adoption in L. 10. C. de adopt. (8, 48) gelten zu lassen. Justinian hat die Adoption in den meisten Fällen für unvollkommen erklärt, um dem Adoptirten nicht die Erbschaft seines leiblichen Vaters zu entziehen. Wenn nun dies die Folge der Adoption überall nicht mehr wäre, so würde jene Beschränkung ihren Sinn verlieren, und man müßte consequent die ganze L. 10. C. cit. für aufgehoben erklären.

Von der unehelichen Verwandtschaft.

§. 455.

In Beziehung auf den Vater und die väterlichen Verwandten haben nur ehelich Erzeugte eine Intestaterbberechtigung.

Der Grund dieser Bestimmung ist nicht eine geringere Rechtsfähigkeit oder Ehrenminderung der Unehelichen, eine solche existirt im römischen Recht nicht, sondern nur der, daß ein vollkommener Beweis der Vaterschaft lediglich bei dem ehelichen Vater anzunehmen ist.

Der Grundsatz hat indessen Modificationen erfahren, welche sich aus verschiedenen Gründen aufgedrängt haben, vollkommene und unvollkommene. Vollkommen wird das Hinderniß der unehelichen Geburt beseitigt durch die Legitimation. Ein Zweifel ist nur entstanden bei der legitimatio per rescriptum, welche nach römischem Recht nur im Fall der Nichtexistenz ehelicher Kinder geschehen soll, heutzutage aber von dieser Schranke entbunden ist. Sie kann also den ehelichen Kindern zur Beeinträchtigung gereichen. Es giebt nur Eine sichere Entscheidung: ist die Legitimation gültig, so hat sie auch ihre volle Wirkung; hat aber der Impetrant die Existenz ehelicher Kinder verschwiegen, so ist sie als erschlichen ungültig und hat dann gar keine Wirkung.

Ebenso stehen den ehelichen Kindern vollkommen gleich die in einer putativen Ehe Erzeugten. Für das Recht der Kinder ist es ohne Gewicht, ob beide Theile in bona fide waren, oder nur einer, und welcher, (ob der Erblasser oder nicht), aber dem Vater steht kein Erbrecht gegen die Kinder zu, wenn er in mala fide war. Er hat also hier nur das Erbrecht, welches ihm gegen uneheliche Kinder zusteht.

Endlich machen die Brautkinder zum Theil eine vollkommene Ausnahme, wenn nämlich ein richterliches Urtheil die Ehe in contumaciam des Bräutigams für geschlossen erklärt; hier haben jene auch ein Erbrecht gegen die väterlichen Verwandten. Eine unvollkommene Ausnahme tritt dagegen ein, wenn der Bräutigam vor der Schließung der Ehe gestorben, oder zwar in contumacia war, aber ohne daß das Urtheil erfolgte; hier haben die Kinder nur ein Erbrecht gegen den Vater, nicht gegen die väterlichen Verwandten.

Eine noch unvollkommenere Modification ist zu Gunsten der Concubinenkinder eingeführt. Justinian hat ihnen ein Intestaterbrecht gegen den Vater gegeben, aber mit zwei wichtigen Beschränkungen: 1) es darf weder eine Ehegattin noch ein rechtmäßiges, leibliches oder adoptirtes Kind existiren, 2) ihre Erbfolge ist jedenfalls auf einen Sextans der väterlichen Erbschaft beschränkt. Einen Kopftheil von diesem Sechstel erhält die Concubine. Ferner haben nur Kinder ersten Grades dieses Recht. Ebenso hat auch der Vater reciprok einen Anspruch auf einen Sextans von dem Vermögen der Kinder. Gegen die väterlichen Verwandten haben die Kinder gar kein Erbrecht.

Viele Juristen wollen der Concubine allein auch ein Erbrecht geben, gewöhnlich auf ein Zwölftel. Diese Annahme ist grundlos und willkührlich, man müßte sagen, die Concubine hat wie ihre Kinder ein Erbrecht. Sie theilen den Sextans. Eine dieser erbberechtigten Personen bekommt ihn allein.[1] Diese Ansicht streitet aber gegen die Intention des Gesetzgebers, der einer Concubine gewiß nicht mehr Recht geben wollte, als einer Ehefrau, (zu jener Zeit hatte auch nicht einmal die dürftige Wittwe ein solches außerordentliches Recht).

---

1) (Die Vermuthung, dieser Satz sei interpolirt — Parbs a. a. O. S. 95 — ist völlig grundlos. A. d. H.)

Dieses Recht der Concubinenkinder hätte eigentlich mit der Gesetzmäßigkeit des Concubinats wegfallen sollen. Aber die Praxis hat es ausgedehnt auf uneheliche Kinder überhaupt, spurii (mit Ausnahme der ex damnato coitu procreati). Nur setzt diese Anwendung eine Anerkennung des Kindes durch den Vater voraus, d. h. dieser muß das Kind als von ihm erzeugt betrachtet haben, wie beim Concubinat. Dagegen ist es nicht zu rechtfertigen, wenn das Miterbrecht der Concubine ebenfalls noch angewendet wird, dies stimmt mit der Unerlaubtheit des Verhältnisses durchaus nicht zusammen.

Der Grund der Beschränkung des Erbrechts auf die eheliche Descendenz beim Vater tritt bei der Mutter und den mütterlichen Verwandten nicht ein; hier also tritt das Princip, daß es nur auf die Verwandtschaft ankommt, und diese ebensowohl eine Folge der unehelichen, als der ehelichen Erzeugung ist, rein hervor; es ist daher in Beziehung auf die Erbfolge gegenüber der Mutter durchaus kein Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Eine Ausnahme des neueren römischen Rechts, daß bei der mater illustris, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, die unehelichen ignorirt werden sollen, ist antiquirt. Die Ausnahme in Betreff der ex damnato coitu procreati siehe im Lehrbuch a. E.

Ehe.

§. 456.

Von der gesammten Affinität ist nur Ein Verhältniß ein Successionsgrund, nämlich die Ehe selbst, welche der Grund der Affinität ist. Nach prätorischem Recht hat jeder Ehegatte ein Successionsrecht gegen den anderen als solchen. Dieses Erbrecht setzt voraus eine rechtmäßige (nicht putative) Ehe, die durch den Tod getrennt ist. Hier wird dann die bonorum possessio unde vir et uxor gegeben.

Neben diesem allgemeinen giebt es noch ein besonderes Successionsrecht, dessen Grund die Ehe ist. Dieses hat einen Vorzug dadurch, daß es nicht von dem Recht der Verwandten ausgeschlossen wird. Es steht aber nur der Wittwe zu, und auch dieser nur wenn sie arm ist, d. h. ohne Unterstützung nicht leben kann, der Mann dagegen in guten Vermögensumständen sich befunden hat. Die Wittwe erhält aber in einem solchen Fall nie

mehr als ein Viertel der ganzen Erbschaft, gegenüber von Kindern auch wohl weniger, wenn nämlich vier oder mehr Kinder vorhanden sind, nur eine Virilportion. An dieser Portion erhält sie das Eigenthum, mit Ausnahme eines Falles, wenn sie mit Kindern, welche von ihr selbst herrühren, concurrirt; diesen wird das Gut dadurch gesichert, daß das Recht der Wittwe auf den Niesbrauch sich beschränkt. — Löhr hat dies bestritten, ohne Grund, siehe die Worte des Gesetzes in Note d des Lehrbuchs. Ein anderer Schriftsteller (von Buchholtz) hat neuerdings von einem bloßen usus gefabelt, weil der griechische Text χρῆσις hat, siehe dagegen Osenbrüggen am Note d des Lehrbuchs angeführten Orte; jener hätte sich schon durch die Sinnlosigkeit dieser Beschränkung abschrecken lassen sollen.

Nach der Novelle 53 hatte auch der Wittwer das jetzt nur noch der armen Wittwe zustehende Recht. Dies hat die Novelle 117 ausdrücklich aufgehoben. Es war denn auch in der That eine des Charakters des männlichen Geschlechts unwürdige Bestimmung.

Successionsordnung.

Classification der Successionsberechtigten.

§. 457.

Nicht alle Personen, welche einen Successionsgrund für sich haben, kommen zugleich zur Succession, es besteht eine Rangfolge unter ihnen, Successionsordnung. Die Ordnung ist vor Allem dadurch gesetzt, daß die Successionsberechtigten in Classen, ordines, vertheilt sind, von denen die frühere den folgenden vorgeht. In manchen Classen werden alle dazu gehörigen Personen zusammen gerufen, in manchen dagegen ist wieder eine Rangfolge angeordnet, so daß innerhalb der Classe ein zweites Princip der Ordnung wirksam wird. Dies ist dann die Nähe des Grades, welche also nicht in allen Classen wirksam wird. Daher ist zu sagen: die Successionsordnung bestimmt sich

1) nach der Classe, zu welcher eine Person gehört, und möglicherweise

2) nach dem Grade, den sie in ihrer Classe einnimmt.

Auf diese Ordnung kann es einen bedeutenden Einfluß haben, ob gewisse andere Personen existiren, indem durch diese

22*

Existenz ein sonst Successionsberechtigter ausgeschlossen werden kann. Die Zeit, nach welcher dies beurtheilt wird, ist die der Delation, nicht schlechthin die Zeit des Todes des Erblassers.

Von den beiden Successionsgründen geht die Verwandtschaft schlechthin der Ehe vor, mit Ausnahme der außerordentlichen Succession der dürftigen Wittwe; die bonorum possessio unde vir et uxor bildet die letzte Classe.

Die Verwandten sind nach der Novelle 118 in vier erbrechtliche Classen zu vertheilen. Es sollte dadurch die Aufgabe gelöst werden, die Ordnung der Succession so zu bestimmen, wie es dem natürlichen Gefühl und der nationellen Anschauung von der größeren oder geringeren Innigkeit des Verwandtschaftsbandes und von der darauf basirten näheren oder entfernteren Berechtigung entsprach. Das Recht bestimmt die Intestaterben statt des Erblassers, da dieser keine Bestimmung darüber gemacht hat. Es kann aber nicht von Rücksichten auf individuelle Würdigkeit oder von individuellen Prädilectionen sich leiten lassen, wie dies der Erblasser hätte thun können, sondern es muß lediglich die allgemeine Rücksicht auf die Natur der Verwandtschaft und der daraus hervorgehenden näheren oder entfernteren Stellung zum Erblasser zur Richtschnur nehmen.

Wir unterscheiden drei natürliche Ordnungen der Verwandten: Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandte. Von diesen müssen die Descendenten als die nächst Berechtigten anerkannt werden, welche, so lange sie noch berechtigt sind, alle übrigen ausschließen, mithin für sich eine besondere und zwar die erste erbrechtliche Classe bilden. Dies ist dem Recht der meisten Völker gemäß. Das Vermögen geht eher abwärts, als aufwärts und nach der Seite. Nicht ebenso ist ein absoluter Vorzug der Ascendenten vor allen Seitenverwandten zu behaupten, so daß aus jenen eine besondere, zweite Classe zu bilden wäre. Es giebt Collateralen, welche den Ascendenten nicht nachgesetzt werden können, die Geschwister. Diese scheiden sich von den übrigen Seitenverwandten durch eine qualitativ innigere Verbindung, zwischen beiden ist dem natürlichen Gefühl eine bedeutende Kluft, welche sich daraus erklärt, daß jene zu derselben engeren Familie, zu demselben Hausstande mit dem Erblasser gehören. Unter den Geschwistern selbst wieder ist ein in der Natur gegründeter merklicher Unter-

schied zwischen vollbürtigen Geschwistern, welche in derselben Ehe erzeugt, und halbbürtigen, die in verschiedenen Ehen geboren sind. Bloß die ersteren hat Justinian den Ascendenten gleichgestellt, und mit ihnen zu derselben Classe vereinigt. Die letzteren dagegen hat er doch noch von den übrigen Seitenverwandten geschieden, und als besondere dritte Classe constituirt.

Erste Classe.

In dieser Classe stehen die Descendenten, so weit sie successionsberechtigt sind; siehe oben. Es giebt aber noch einen Grund, der einen Descendenten von dem Successionsrecht ausschließen kann, nämlich daß zwischen ihm und dem Erblasser ein Erbberechtigter in der Mitte steht. Dieser verhindert die Delation an den Entfernteren. Dieser letztere ist aber nicht etwa ausgeschlossen durch die Entferntheit seines Grades, diese würde an sich ganz unwirksam sein. Denn in dieser ersten Classe hat der Grad keinen Einfluß, der Entfernteste kommt neben dem Nächsten zur Succession. Der Entferntere tritt an die Stelle seines Ascendenten, s. g. Repräsentationsrecht. — Jener entferntere Descendent ist mit anderen Worten nicht durch die Successionsordnung zurückgesetzt, sondern er hat kein Successionsrecht, wenn zur Zeit der Delation zwischen ihm und dem Erblasser ein Erbberechtigter lebt. (In dieser Art ist die Schranke, welche nach altem Recht in dem Begriff der sui lag, auf das neue Princip übergetragen.) War der Erblasser noch in väterlicher Gewalt, so erben seine Descendenten allerdings, aber dem Vater bleiben seine Rechte an den Gütern ungeschmälert; siehe oben.

Diese erste Classe tritt ein sowohl bei Erblassern als Erblasserinnen, (anders nach altem Civilrecht, wo die sui, und nach prätorischem Recht, wo die liberi zur Succession kamen). Die Kinder einer Erblasserin beerben ihre Mutter mit Ausschließung aller anderen Successionsberechtigten, auch wenn sie noch in väterlicher Gewalt stehen. Der Vater erwirbt den Usufructus an diesem Muttergut, dies ist aber kein Miterbrecht. Sind die Kinder schon emancipirt, so soll der Vater auch etwas bekommen, nämlich den Usufructus an einer Virilportion, dieser ist ein nachträgliches praemium emancipationis. Ebenso aber auch, wenn Kinder einer Tochter der Erblasserin sie beerben, welche niemals in der väterlichen Gewalt ihres (mütterlichen) Groß-

vaters standen; hier soll dieser dennoch den Ususfructus an der Virilportion erhalten. Auch dies ist kein Miterbrecht, nur der Gegenstand des Ususfructus bestimmt sich durch die Erbportion.

Die Berechnung dieser Quote ist sehr ungewiß und bestritten, namentlich für den Fall einer successio in stirpes, wo ungleiche Theile entstehen, und nicht alle Kinder diesem Recht des Nießbrauchs unterworfen sind, z. B. es sind zwei Söhne verstorben, der eine hinterläßt zwei, der andere drei Enkel.

Schrader a. a. O.[1] behauptet: der Vater mache sein Recht bei jedem Stamm besonders geltend, die Portion werde dabei in capita bestimmt, also erhalte er bei dem ersten Stamm ein Drittel der Hälfte der Erbschaft, die darauf fällt, bei dem zweiten ein Viertel der anderen Hälfte, (also zusammen $3\frac{1}{2}$ Zwölftheil oder $\frac{7}{24}$). Andere wollen von vorn herein bloß Kopftheile annehmen, also betrüge dort die portio virilis,[2] weil fünf capita vorhanden sind, $\frac{1}{6}$ (zwei Zwölftheile) z. B. v. Vangerow, Leitfaden Bd. II. §. 415.[3]

Das Consequenteste ist, zu sagen: es kommt darauf an, in wie viel Stämme die Erbschaft geht; dies sind die portiones viriles, nach denen die des Vaters sich bestimmt. Wenn sie in zwei Stämme geht, so beträgt die Nießbrauchsportion $\frac{1}{3}$ ($\frac{4}{12}$); zu dieser Portion trägt dann jeder Stamm gleich bei, in unserem Falle die 2 Enkel zusammen $\frac{1}{6}$ der Erbschaft, also jeder $\frac{1}{12}$, die 3 Enkel ebensoviel, also jeder $1\frac{1}{3}$ Vierundzwanzigtheile oder $\frac{1}{18}$. Fällt nun ein Stammtheil an ein noch in väterlicher Gewalt stehendes Kind, so geht der auf diesen fallende Theil der Portion verloren, weil der Vater hier den Nießbrauch des Ganzen hat. Z. B. in dem Fall, daß außer jenen Enkeln noch ein überlebender Sohn in patria potestate wäre. Die portio virilis ist $\frac{1}{4}$ ($\frac{3}{12}$); von dieser kommt $\frac{1}{3}$ des $\frac{1}{4}$ ($\frac{1}{12}$ der Erbschaft) nicht in Ansatz, die anderen $\frac{2}{3}$ des $\frac{1}{4}$ ($\frac{2}{12}$ der Erbschaft) prästiren die Enkel in der oben angegebenen Art.

---

1) Schrader, Abh. aus dem Civ. R. Bd. I. (1808) Nr. 4.

2) (Civilis im Heft ist ohne Zweifel ein Schreibfehler des Verf. Mündlich hat er nach Parbs a. a. O. S. 95. virilis gesagt. A. d. H.)

3) (v. Vangerow berechnet zwar diesen Kopftheil zu $\frac{1}{5}$, ohne jedoch — wie Parbs a. a. O. angiebt —, die Berechnung auf $\frac{1}{6}$ ausdrücklich für falsch zu erklären. Die stillschweigende Verbesserung im Texte unterliegt daher keinem Bedenken. A. d. H.)

Zweite Classe. In diese gehören:

1) Successionsberechtigte Ascendenten, (siehe oben). Hier gilt die Nähe des Grades, nicht bloß in derselben Linie, sondern auch gegen Ascendenten einer anderen Linie. Es findet ferner kein Repräsentationsrecht statt, ebensowenig ein Unterschied des Geschlechts und der väterlichen Gewalt. Die leibliche Mutter concurrirt mit dem vollkommenen Adoptivvater, nicht dagegen der leibliche Vater; siehe oben. Die Meinung, wonach beide zur Succession gelangen sollen, oder nur der leibliche allein, ist zu verwerfen.

2) Vollbürtige Geschwister.

3) Söhne und Töchter verstorbener Vollgeschwister. Diese haben das s. g. Repräsentationsrecht erhalten, sie treten in die Stelle ihrer verstorbenen Parentes. Dieses ist aber auf die Kinder ersten Grades beschränkt, den Enkeln ist nicht diese Nachgiebigkeit bewiesen.

Manche neuere Juristen haben den Begriff des Repräsentationsrechts auf den Fall der Geschwisterkinder beschränken wollen, indem sie behauptet haben, das Einrücken der Enkel u. s. w. in die erste Classe könne man nicht mit diesem Wort bezeichnen. Die Enkel des Erblassers erbten iure proprio, sie seien als Descendenten berufen, nicht iure repraesentationis; nur träfen beide Fälle darin zusammen, daß der Erbtheil nach der Portion des Parens (in stirpes) sich bestimme. Die Geschwisterkinder erbten nicht iure proprio, denn eigentlich gehörten sie in die vierte Classe. Der praktische Unterschied soll sein: das eigentliche Repräsentationsrecht setze voraus, daß man seinen Parens, in dessen Stelle man einrücken wolle, beerbt haben müsse, und der Verzicht dieses schade seinen Kindern. Aber dies ist durchaus willkührlich und ungegründet. Auf diese Umstände kommt es bei Geschwisterkindern so wenig an, als bei den Descendenten des Erblassers; nur muß ihr Parens schon zur Zeit der Delation verstorben sein, was aber auch von den Descendenten gilt. Jener Begriff des Repräsentationsrechts im Gegensatz zu ius proprium ist eine reine Erdichtung, nur Irrthümer erzeugend. Das Repräsentationsrecht besteht überall nur darin, a) daß die Nähe des Grades nicht entscheidet, b) daß in stirpes succedirt wird.

Nach der Novelle 118 erbten diese Kinder von Geschwistern nur mit Geschwistern, nicht mit Ascendenten. Dies ist abgeändert

durch die Novelle 127. Dieses Gesetz sagt: auch wenn Ascendenten mit Geschwistern concurriren, sollen die Kinder dieser nicht ausgeschlossen sein. Dabei versteht sich von selbst, daß dasselbe der Fall sein soll, auch wenn keine überlebenden Geschwister da sind, das Gegentheil würde keinen vernünftigen Sinn haben. So hat es auch die Praxis immer verstanden. Einige Theoretiker z. B. v. Vangerow,[4] behaupten, der Theorie nach müsse man sagen, hier bleibe es bei der Novelle 118, weil ein correctorisches Gesetz strict zu interpretiren sei. Diese Regel ist aber in dieser Aeußerlichkeit eben ganz falsch. Man muß dem Gesetzgeber ohne Noth weder bei einem correctorischen, noch bei einem anderen Gesetze eine Sinnlosigkeit zutrauen.

Dritte Classe.

In dieser erben Halbgeschwister, sowohl consanguinei als uterini. Adoptivgeschwister sind immer bloß Halbgeschwister. Neben diesen erben auch die Söhne und Töchter verstorbener Halbgeschwister, (wie bei der zweiten Classe).

Vierte Classe.

In diese Classe sind alle übrigen successionsberechtigten Verwandten gesetzt, ohne Unterschied zwischen Halb- und Vollbürtigen; sie erben nach der Nähe des Grades, wobei kein Repräsentationsrecht statt findet. Wohl zu merken ist, daß in dieser Classe nicht bloß die Seitenverwandten erben, sondern z. B. auch Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser zur Zeit der Delation an die erste Classe ein Erbberechtigter stand.

Als eine fünfte Classe ist zu betrachten die bonorum possessio unde vir et uxor.

Successive Delation.

§. 458.

Die Delation der Intestaterbfolge geschieht nach der Successionsordnung des vorigen Paragraphen. Sind mehrere Successionsberechtigte verschiedener Classen, so geschieht die Delation nur an die der vorzüglicheren Classe, die der folgenden Classen sind von dieser Delation ausgeschlossen. Sind in der Classe, welcher die Delation geschehen ist, mehrere Successionsberechtigte vorhanden, so kann auch hier eine Ausschließung stattfinden, wenn

4) (Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen Bd. II. §. 415 Anm. 1. 2. S. 58. 63. A. d. H.)

die Nähe des Grades entscheidet. Außerdem wird allen Successionsberechtigten dieser Classe zugleich deferirt.

Wenn nun durch die eröffnete Delation Niemand Erbe geworden ist, (keiner der Delaten erwirbt, sei es mit oder ohne seinen Willen), so wird sie wiederholt, es geschieht eine successive, zweite, dritte ꝛc. Delation. Diese Wiederholung ist zuerst durch den Prätor eingeführt, (edictum successorium). Nach altem Civilrecht verhielt es sich anders; hier galt die Regel: In legitimis hereditatibus successio non est. Justinian hat durchaus den prätorischen Grundsatz adoptirt. Man nennt diese Wiederholung der Succession successio graduum et ordinum. Es sind nämlich zwei Fälle möglich: Delation

1) an den folgenden Grad derselben Classe,

2) an die folgende Classe.

Die Grundsätze, welche hierbei zur Anwendung kommen, sind folgende:

1) Die Wiederholung der Delation setzt voraus, daß die vorhergegangene erfolglos geblieben, d. h. daß Niemand ihr zu Folge Erbe geworden ist. Geschah sie an Mehrere, so ist dies erst dann der Fall, wenn keiner von ihnen Erbe geworden ist. Außerdem accresciren die ausfallenden Portionen den übrigen, siehe §. 505. Man hat dies in der neueren Zeit bestritten,[1] ohne haltbare Gründe; namentlich enthält die für die Ausschließung der Accrescenz angeführte L. 2. §. 18. D. ad S. C. Tertull.[2] keinen Grund dafür. Der Inhalt dieser Stelle ist folgender: Nach dem S. C. Tertullianum erbt die Mutter mit der soror consanguinea, sie wird von dem Vater ausgeschlossen, dieser dagegen wird, wenn er capitis deminutio erlitten hat, von der Agnatin ausgeschlossen. Die Folge ist daher, wenn diese drei Personen existiren, die: nimmt die soror consanguinea die

1) Siehe die Literatur in Note b des Lehrbuchs.

2) L. 2. §. 18. D. ad S. C. Tertull. (38, 17): Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus, vel emancipatus, si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex Senatusconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet matrem ex Senatusconsulto propter patrem non venire, et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit-necne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. Repudiante igitur consanguinea, bonorum possessionem habebit mater cum patre, quasi cognata. Sed et in hac moram patietur, nec ante accipiet bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo, potest ex Senatusconsulto succedere.

Erbschaft an, so ist der Vater entfernt, und die Mutter erbt ex Senatusconsulto. Ihr Gegner ist von einem noch mächtigeren überwunden. Außerdem erbt sie nicht. Der Mutter ist also nur unter der Bedingung deferirt, daß die soror erbt. Tritt diese Bedingung nicht ein, so kann von keiner Delation an die Mutter, also natürlich auch von keinem Accrescenzrecht die Rede sein. Dies übersieht man, und sieht fälschlich die Sache so an, als ob der Mutter und der soror gleichmäßig deferirt wäre, nur würde, wenn die letztere wegfällt, keine Accrescenz zugelassen, sondern eine successive Delation an den Vater stattfinden. Dies wäre nur gegründet, wenn ihre Berufung stehen bliebe, aber die Berufung wird für nicht geschehen erachtet. Es tritt eine neue Delation an sie und den Vater ein, nämlich eine Delation an sie als Cognata, während die vorhergehende ex Senatusconsulto war.

Hat der Delat erworben, so ist die successive Delation definitiv ausgeschlossen. Dies ist auch der Fall, wenn er hinterher in integrum restituirt wird; hier werden die Güter erblos, bona vacantia. Anders ist es bei der Abstinenz der sui heredes, siehe §. 500. Diese behandelt der Prätor wie eine Repudiation, also läßt er auch die successive Delation zu. Streng genommen wäre in diesem Falle keine hereditas mehr möglich (nach dem Grundsatze: Semel heres, semper heres), es könnte also nur eine bonorum possessio eintreten. Nach dem Geist des neueren Rechts ist aber auch eine successive Delation der hereditas in diesem Falle anzunehmen, also ohne die Erfordernisse des Erwerbs der bonorum possessio.

Die Wiederholung der Delation wird ausgeschlossen durch eine eintretende Transmission der Delation, siehe §. 502. Denn diese verhindert den Untergang der früheren Delation, welcher die Voraussetzung der Wiederholung ist. Darin liegt zugleich der Unterschied beider Begriffe: Succession in die Delation — successive Delation (delatio per successionem).

2) Auch die wiederholte Delation kann nur an Successionsberechtigte geschehen, (Verwandte und Ehegatten), daher nicht an solche, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht in rerum natura gewesen sind, siehe Note d des Lehrbuchs. Schon aus diesem Grunde sind ferner ausgeschlossen die Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser zur Zeit der ersten Delation ein Erbberechtigter stand, als Descendenten, (nicht sind sie aus-

geschlossen als Cognaten, wenn es an die vierte Classe kommt), siehe noch ad 3).

3) Die successive Delation geschieht vor Allem als successio graduum, wo diese möglich ist, dann erst, wenn diese nicht Statt hat, als successio ordinum. Die letztere ist überall möglich, so lange man nicht bei der letzten Classe angekommen ist, die erstere kommt nur beschränkt zur Anwendung.

Die successio graduum ist nur möglich, wenn in einer Classe die Nähe des Grades entscheidet, also in der vierten Classe und in der zweiten in Rücksicht der Ascendenten, (vorausgesetzt daß alle Delaten weggefallen sind). Nie in den anderen Classen, worin alle Successionsberechtigte zugleich gerufen werden, und die nicht gerufen werden, nicht in dieser Classe successionsberechtigt, also auch für eine successive Delation in dieser Classe unfähig sind. Die gewöhnliche Meinung will den durch einen Vorgänger ausgeschlossenen Descendenten in der ersten Classe eine successive Delation zuerkennen. Dies ist aus dem angegebenen Grunde unmöglich. Sie sind nicht durch den Grad ausgeschlossen, und können daher auch nicht durch eine successio graduum zur Berufung gelangen. Sie gehören nicht zu den Berechtigten der ersten Classe, und können daher nicht berufen werden, so lange die Delation noch bei der ersten Classe stehen bleibt. Ihnen ist für jenen Fall zu Hülfe gekommen durch die Transmission der Delation, also durch Verhütung der successiven Delation, welche sie ausschließen würde.

Man hat gegen meine Ansicht eingewendet, ich legte meiner Argumentation den Ausdruck successio graduum unter, der doch nicht römisch sei. Dies ist ein Mißverständniß. Ich habe nie daraus argumentirt, daß die successive Delation eine successio ordinum et graduum heißt, sondern daß sie eine solche ist. Siehe noch Note e des Lehrbuchs.[3]

---

3) (Mit besserem Grund kann eingewendet werden: 1) jene Ansicht verletzt das Princip des Repräsentationsrechts, nach welchem der entferntere Descendent behandelt werden soll, als ob die Generationen in ihrer natürlichen Aufeinanderfolge verstorben, mithin der praemortuus parens Erbe des jetzigen defunctus geworden wäre; 2) der Grund, daß die entfernteren Descendenten, als mittelbare, nicht successionsberechtigt seien, enthält eine petitio principii: er setzt die Unstatthaftigkeit wiederholter Delation als schon feststehend voraus, fällt also mit dieser Voraussetzung, denn bei wiederholter Delation wären sie unmittelbare; 3) die Abhülfe durch Transmission ist eine beschränkte und ungenügende. A. d. H.)

Außerordentliche Succession.

§. 459.

Siehe das Lehrbuch.

Erbtheile.

§. 460.

Wenn Einem deferirt wird, so wird dieser heres ex asse, Universalerbe. Wird Mehreren zusammen deferirt, so werden sie Miterben, jeder heres pro parte. Es entsteht nun die Frage: zu welchem Theil wird jedem deferirt?

Die einfachste Entscheidung wäre, zu gleichen Theilen, so daß die Theile von der Zahl der Personen abhängen, in capita. Diese Theilung ist als Regel zu betrachten, sie tritt ein, wo keine andere bestimmt ist.

Es giebt aber Fälle, wo die Antheile der einzelnen Erben ungleich sind. Dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz mehrere zu einem Theil ruft. Es ist vor allem eine Folge des s. g. Repräsentationsrechts, wonach Berufene in die Stelle ihres Parens eintreten, und daher, wie viele ihrer auch sind, doch nur so viel erhalten, als dieser ihr Parens erhalten haben würde, wenn ihm deferirt worden wäre. Diese Theilung heißt Theilung in stirpes, weil die Stämme, nicht die Personen, bei der Theilung gezählt werden.

Es giebt aber noch einen zweiten Fall ungleicher Theilung, welcher nur bei Ascendenten vorkommen kann. Er besteht darin, daß die Erbschaft in zwei Hälften geht, die eine an die väterliche, die andere an die mütterliche Seite. Wie viele auch auf jeder Seite berufen sein mögen, sie erhalten immer nur die ihrer Seite zugefallene Hälfte, wenn von der anderen Seite ebenfalls Erbberechtigte vorhanden sind. Dies ist die Succession in lineas.

Es giebt also drei Arten der Antheilsbestimmung, eine absolut gleiche, in capita, und zwei welche eine Ungleichheit der Theile für die einzelnen Berufenen zur Folge haben können: in stirpes, in lineas.

Die nähere Anwendung dieser Theilungsarten ist folgende:

1) Bei Descendenten des ersten Grades tritt die natürliche Theilung in capita ein. Wenn der Erblasser eine schwangere

Wittwe hinterläßt, so soll für den venter einstweilen eine dreifache Portion zurückgelegt werden. Die ausfallenden Theile werden unter alle gleich getheilt. Bei Descendenten der folgenden Grade, seien sie allein oder mit jenen berufen, wird in stirpes succedirt, d. h. es werden so viele Theile gemacht, als repräsentirte Descendentenlinien vorhanden sind; in derselben stirps wird dann wieder in stirpes succedirt. Ein Irrthum ist es, daß Enkel verschiedener Kinder, wenn sie allein sind, in capita erben; derselbe hängt mit einer falschen Vorstellung vom Repräsentationsrecht zusammen, als finde dies nur Anwendung, wo Descendenten verschiedener Grade mit einander berufen werden sollen.[1] Die erbenden Kinder können aus verschiedenen Ehen sein. Hier erhalten die in der früheren Ehe erzeugten Kinder das vom Erblasser durch Freigebigkeit seines früheren Gatten Erworbene ausschließlich, denn es ist ihnen schon durch die Eingehung der zweiten Ehe der Proprietät nach zugefallen, kommt also gar nicht in die Erbschaft. Dagegen sollen die Kinder der zweiten Ehe auch die vom Erblasser lucrirte Dos oder Donatio propter nuptias des zweiten Gatten voraus haben; siehe §. 428.

2) Bei Ascendenten von väterlicher oder mütterlicher Seite wird in lineas geerbt. Natürlich vorausgesetzt, daß von beiden Linien gleich Nahe vorhanden sind, da hier kein Repräsentationsrecht stattfindet. Dagegen wird in derselben Linie nicht wieder in lineas geerbt, die Theilung nach den beiden Seiten tritt nur einmal ein. Außerdem findet diese Theilung nur Statt, wenn Ascendenten allein erben, nicht bei Concurrenz von Geschwistern.

3) Bei Vollgeschwistern tritt die Theilung in capita ein, sei es, daß sie mit oder ohne Concurrenz von Ascendenten zur Erbschaft kommen. Die Kinder Verstorbener repräsentiren ihren Parens, erben also in stirpes, (in capita ihrer Eltern.)

Unter den Glossatoren schon war es controvers, wie zu theilen sei, wenn bloß Kinder von Geschwistern, ohne Geschwister und Ascendenten berufen werden. Die richtige Antwort ist, daß sie ebenfalls in stirpes erben. So entscheidet z. B. Accursius. Andere dagegen behaupteten, es finde eine Succession in capita

---

1) Vgl. L. 2. C. de suis et legit. (6, 55): Nepotes ex diversis filiis varii numeri, avo succedentes ab intestato, non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt. Vgl. L. 8. §. 8. D. de inoff. test. (5, 2.)

statt, eine Behauptung, zu der sie durch den oben berührten falschen Begriff des Repräsentationsrechts geführt wurden, als hätten jene dieses nicht nöthig. So z. B. Azo. Ein Reichsgesetz hat diese Controverse entschieden (Note b des Lehrbuchs), unglücklicherweise zu Gunsten der unrichtigen Ansicht, woraus denn wieder Controversen entstanden. Nach dem falschen dieser Meinung zu Grunde liegenden Princip wollten Manche weiter behaupten, wo Personen näheren oder gleichen Grades vorhanden wären (z. B. Halbgeschwister, Oheime u. s. w.), hätten jene das Repräsentationsrecht wieder nöthig mit seiner Folge, es trete also wieder die Succession in stirpes ein. Darüber ist unendlich viel Unnützes geschrieben worden.

Der Reichsabschied vom Jahre 1529 hat einen Satz legalisirt, welcher aus einer falschen Theorie vom Repräsentationsrecht stammt, aber nicht diese Theorie selbst. Wir müssen uns daher streng an den Ausspruch des Gesetzgebers als solchen halten, bloß für diesen kann die äußere Autorität des Gesetzes behauptet werden. Geschwisterkinder würden immer in stirpes erben, nach dem Reichsgesetze aber erben sie in capita, wo sie allein erben, also auch in jenen Fällen.

4) Bei Halbgeschwistern und deren Kindern wird gerade so geerbt, wie bei den Vollbürtigen. Auch hier findet sich jene Controverse, und sie wurde ebenso wie dort in dem Reichsabschiede zu Speier entschieden.

Lange Zeit war es herrschende Meinung, daß bei Concurrenz von consanguinei und uterini eine Eigenthümlichkeit eintrete. In diesem Falle sollte nämlich der consanguineus den Theil der Erbschaft vorwegnehmen, welcher von seinem Parens herrühre, und eben so der uterinus den von dem seinigen herkommenden Theil; erst in das Uebrige sollten sie zu gleichen Theilen succediren.[2] Manche haben das Gefühl gehabt, dies passe nicht mehr zu Novelle 118, aber dieses Argument bliebe

2) Vornehmlich mit Berufung auf L. 13. C. de legit. her. (6, 58): — ut pater habeat usumfructum, fratres autem vel sorores dominium rerum relictarum, exceptis maternis rebus, in quibus si ex eadem matre fratres vel sorores sint, eos solos vocari oportet, sin autem non supersint, tunc ad similitudinem aliarum rerum in totam fraternitatem dominium earum cedere, ut sit apertissimus in omnibus tractatus et non per differentiam personarum vel rerum vacillare noscatur.

doch mißlich, wenn das angeführte Gesetz jenes wirklich enthielte. Das ist aber nicht der Fall. Vor Allem spricht das Gesetz gar nicht von bloßen consanguinei, und daß diese das Väterliche voraus haben sollen. Dies hat man erst hinzuerfunden. Ferner aber giebt es auch den bloßen uterini kein besonderes Recht in Beziehung auf das Muttergut, sondern den Vollbürtigen. Das Gesetz bestimmt: wenn consanguinei erben, d. h. agnatische Geschwister, so sollen diejenigen, welche zugleich uterini sind, also die vollbürtigen consanguinei, vor den bloßen consanguinei das Muttergut vorausbaben. Es spricht also einen Vorzug der Vollbürtigen aus zu einer Zeit, wo mit ihnen auch noch Halbbürtige berufen wurden. Dieser Vorzug ist später auf die ganze Erbschaft ausgedehnt worden, und damit natürlich jenes Gesetz antiquirt, dessen Voraussetzung gänzlich weggefallen ist. Für bloße Halbgeschwister ist dergleichen nirgends, weder im älteren noch im neueren Recht verordnet.

5) Bei den übrigen Verwandten geschieht die Succession, wenn mehrere gleichen Grades berufen werden, in capita.

Noch zwei Punkte kommen in Betracht.

1) Es kann eine Verschiedenheit der Theilung eintreten, je nachdem gewisse Personen vorhanden sind oder nicht, z. B. Ascendenten ohne Collateralen erben in lineas, [mit Collateralen zusammen aber in capita]. Nach welcher Zeit bestimmt sich die Theilungsart? Die richtige Ansicht ist, nach der Delation, nicht, wie Manche glauben, nach der Acquisition. Die Acquisition ist kein bestimmter Zeitpunkt, da er für die Erbenden nicht zugleich eintritt, und willkührlich ist. Z. B. ein väterlicher Großvater, zwei mütterliche Großeltern und ein sehr kranker Bruder werden berufen; der erstere verzögert seine Antretung, um den Tod des letzten abzuwarten, welcher sich wegen seiner Krankheit nicht erklären kann.

2) Mehrfache Verwandtschaft kann eine mehrfache Portion bewirken. Aber nur bei der successio in stirpes oder in lineas, (vorausgesetzt im letzteren Falle, daß der Erbende von beiden Seiten gleich nahe steht). Nicht bei der successio in capita, da eine mehrfache Verwandtschaft nicht eine mehrfache Persönlichkeit begründet. Dort dagegen bestimmt sich die Theilung nach jenen Stämmen oder Linien, in deren mehreren der Berechtigte steht.

Testamentarische Erbfolge.

Vom letzten Willen überhaupt.

§. 461.

Der Ausdruck: letzter Wille hat

1) eine formelle Bedeutung: das Rechtsgeschäft, weches den Willen enthält, der nur als ultima voluntas gilt. Rechtsgeschäfte dieser Art sind: Testament, Codicill, formlose Erklärung an den Onerirten, wenn der Honorirte sie auf dessen Eid stellen will, (sg. fideicommissum heredi praesenti iniunctum);

2) eine materielle Bedeutung: der Wille, die Anordnung selbst, der Inhalt jener Rechtsgeschäfte. Diese letztwilligen Anordnungen sind zum Theil solche, welche eine Gabe aus dem Vermögen zum Zweck haben; bloß von diesen handelt es sich hier, nicht von anderen, z. B. Bestellung eines Vormundes, Anordnungen über Testamentsexecution, Begräbniß u. s. w. Jene werden unter dem Wort Honoriren zusammengefaßt: als Ehrenbezeugung aufgefaßt. Es giebt zwei Classen: Ernennung von Erben — Vermächtniß und mortis causa capio.

Hier ist lediglich von der Delation der Erbfolge durch letzten Willen die Rede. Daher nur von den Rechtsgeschäften, worin diese möglich ist, wodurch ein Erbe ernannt werden kann, dies sind die Testamente. Jene beiden anderen oben genannten Rechtsgeschäfte kommen nur für Vermächtnisse vor, daher wird bei diesen davon die Rede sein. Das Testament ist aber auch das wichtigste jener Rechtsgeschäfte, theils wegen der Wichtigkeit des ihm eigenthümlichen Inhalts, theils weil es alle letztwilligen Anordnungen enthalten kann, endlich weil es das älteste dieser Rechtsgeschäfte ist, von welchem manche Grundsätze auch auf die anderen übergegangen sind. Das Testament soll hier zunächst nur in Beziehung auf jenen Inhalt betrachtet werden. Aber die Erbeinsetzung ist auch der allein wesentliche Inhalt eines Testaments. Kein Testament ohne Erbeinsetzung, keine Erbeinsetzung ohne Testament. Wohl aber sind Vermächtnisse ohne Testament, und Testamente ohne Vermächtnisse möglich. Daher der Begriff des Testaments: das einseitige Rechtsgeschäft, worin letztwillig ein Erbe ernannt wird.

Die Anordnung dieser Lehre wird folgende sein. Sie hat drei Punkte zu ihrem Gegenstande: Fähigkeit zu testiren, Form, Inhalt des Testaments. Diesen schließen sich noch drei weitere Punkte, als Gegenstand besonderer Erörterung, an: gemeinschaftliche Testamente, Eröffnung und Execution, Ungültigkeit des Testaments.

Fähigkeit zu testiren.

§. 462. 463.

Zu Note f des Lehrbuchs:

Das Jus civile fordert, daß der Testator die Testamentifactio nicht nach der Errichtung des Testaments bis zu seinem Tode durch capitis deminutio oder Delict verloren habe, sonst ist das Testament irritum. Das prätorische Recht hält es für genügend, wenn er die Fähigkeit zur Zeit der Errichtung und des Todes besaß. Also konnte die bonorum possessio aus dem Testamente agnoscirt werden, welches iure civili ungültig war.

Es entsteht hier aber die Frage: ist sie cum re oder sine re gegen den heres legitimus?

Die bonorum possessio secundum tabulas blieb sehr lange sine re gegen einen heres (legitimus oder aus einem Civiltestamente). Ein Rescript von Antoninus Pius gab dem bonorum possessor gegen den legitimus heres eine exceptio doli, [also die bonorum possessio cum re], jedoch mit mehreren Ausnahmen, wo es auch materiell gerecht erschien, dem heres sein Recht nicht zu entziehen.

Gehört zu diesen Ausnahmen auch unser Fall? Der Sache nach sollten wir es nicht erwarten. Denn es ist doch nur ein Formmangel, (daß der Testator versäumt hat, ein neues Testament zu errichten), der durch das laxere prätorische Recht beseitigt wird. Man könnte es höchstens begreiflich finden, wenn der Civilintestaterbe zu den Kindern des Erblassers gehörte, welche auch die bonorum possessio contra tabulas haben, — ungeachtet er diese nicht agnoscirt hat.

Dessenungeachtet sagt Gaius:[1] gegen den legitimus heres sei die bonorum possessio secundum tabulas sine re, nicht übrigens bloß für diesen Fall, sondern auch für andere; er spricht so, wie wenn das Rescript nur für einzelne Ausnahmsfälle die exceptio doli

1) Gai. II. §. 148. 149: Secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio iure factae sint, aut iure factae postea ruptae, vel irritae erunt,

gegeben hätte. Nur ist die Stelle freilich am Schluß unlesbar, so daß leicht daselbst auf eine andere Entscheidung des Rescripts verwiesen sein könnte. Ebenso entscheidet aber auch Ulpian a. a. O.

Im Justinianischen Recht finden wir diese Einschränkung nicht; ja in den Institutionen ist jene Darstellung des Gaius weggelassen, was nicht ohne Gewicht ist.

Nur eine Stelle von Ulpian macht Bedenken.[2] Man hat verschiedene Auslegungen versucht. Jedenfalls ist die Stelle in sich schon nicht klar, denn sie erklärt die bonorum possessio für sine re überall, wo der bonorum possessor nicht selbst Civilintestaterbe ist. Warum sollte sie bloß hier cum re sein, nicht auch wenn es ein Anderer ist, dieser aber sein Recht nicht gegen den bonorum possessor geltend macht? Wahrscheinlich ist zu lesen: si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem heredi ab intestato auferre possit.[3] Damit ist dann anerkannt, daß in mehreren Fällen des iniustum und irritum testamentum die bonorum possessio cum re ist.

Jedenfalls ist nach dem Geist des neuesten Rechts die Richtigkeit der herrschenden Meinung zu behaupten, und jenem Testament auch gegen Civilintestaterben Kraft zuzuerkennen.

(qui) bonorum possessionem accipiunt, si (eo) modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re: si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. Nam si quis heres iure civili institutus sit, vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare: si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt. —— Ulp.Fr.tit.XXIII. §.6.: Si septem signis testium signatum sit testamentum,licet iure civili ruptum,vel irritum factum sit,Praetor scriptis heredibus iuxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus, et suae potestatis, cum moreretur, fuit: quam bonorum possessionem cum re, id est, cum effectu habet, si nemo alius iure heres sit.

2) L. 12. pr. D. de iniusto (28, 3): Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

3) (Schwerlich, denn die Kinder des Erblassers, die der Verfasser hier im Sinne zu haben scheint, konnten auch dem heres ex testamento die Erbschaft entziehen, dieser mußte also ebenso gut genannt sein, wie der heres ab intestato. A. d. H.)

Form des Testaments.

Privattestamente.

Ordentliche Form.

§. 464. 465.

Nach heutigem Recht sind drei Classen von Testamenten in Beziehung auf die Form zu unterscheiden:

1) Privattestamente (solenne). Zur Zeit der römischen Juristen war das Mancipationstestament das gewöhnliche; daneben gab es ein prätorisches Testament mit der Wirkung der bonorum possessio secundum tabulas; im neuesten Recht wurde an die Stelle beider Formen Eine gesetzt, jene beiden früheren aufgehoben.

2) Oeffentliche Testamente, unter Mitwirkung einer obrigkeitlichen Person.

3) Canonische Testamente, welche jedoch nicht gemeinrechtlich geworden sind.

Die Form des Privattestaments ist entweder die regelmäßige, oder eine außerordentliche, für gewisse Umstände bestimmte, theils mit Vermehrung, theils mit Verminderung der ordentlichen Solennitäten. Die letzteren heißen die privilegirten Testamente.

Die ordentliche Form der Privattestamente fordert die genaue Beobachtung folgender Punkte:

1) Zuziehung von sieben Zeugen. Die Rogation ist nothwendig, denn es sind Solennitätszeugen, und zwar zum Testamentszeugniß gleichgültig, ob sie erst zu diesem Zweck herbeigeholt oder ob sie zufällig versammelt sind. Ebenso ist Annahme der Aufforderung nöthig. Ein erzwungener Zeuge ist kein Solennitätszeuge. Das Testament ist in einem solchen Falle nichtig, nicht weil ein Zwang dabei vorgekommen, sondern weil es nicht vor sieben Zeugen errichtet ist.

2) Fähigkeit der Zeugen zur Zeit der Errichtung des Testaments; spätere Unfähigkeit schadet nicht, (doch siehe wegen der mündlichen Testamente und ihren Beweis unten §. 516. Ueber Unfähigkeit zum Testamentszeugniß siehe §. 465 des Lehrbuchs).

Zweifelhafte Punkte: siehe §. 465 Note p des Lehrbuchs von Blinden und nachher Note s des Lehrbuchs von dem Einfluß der väterlichen Gewalt.

Filiifamilias können Zeugen sein, auch Verbindung der Zeugen unter sich durch patria potestas ist zulässig. Aber nicht Verbindung derselben mit dem Erben; endlich sind unfähig die in der Gewalt des Testators Stehenden. Das Umgekehrte, daß der Vater Zeuge bei dem Testament des Sohnes ist, kann in der Regel nicht vorkommen; nur bei bona castrensia vel quasi kann der Fall eintreten.

Es entsteht nun die Frage: soll die Unfähigkeit auf diesen Fall erstreckt werden, also der Grundsatz allgemeiner dahin zu fassen sein: daß die mit dem Testator durch väterliche Gewalt verbundenen Personen überhaupt zum Testamentszeugniß unfähig seien? Diese Frage ist aus inneren Gründen zu verneinen:

a) Die Fälle stehen nicht gleich. Jener Rechtssatz hat den Sinn, daß die Abhängigkeit der Zeugen vom Testator vermieden werde, welche sich mit der Stellung eines zuverlässigen Zeugen nicht verträgt. Daher haben die römischen Juristen denselben auch auf den redemptus [ab hostibus] erstreckt, obgleich dieser nicht eigentlich in potestate des Loskäufers war. Hier dagegen, wo der Vater Zeuge beim Testament des Sohnes ist, ist eine solche Abhängigkeit nicht vorhanden. (Man kann nicht etwa sagen, es solle durch die Ausschließung des Vaters von der Fähigkeit zum Testamentszeugniß ein ungehöriger Einfluß auf den Testator vermieden werden, denn die Gegenwart des Vaters bei der Testamentserrichtung ist auf keine Weise untersagt, auch wenn sein Zeugniß ausgeschlossen wäre).

b) Ueberall, wo der Sohn qua Subject der Castrensia auftritt, gilt er als Paterfamilias, er ist daher in dem Testamentsact wie ein Emancipirter zu betrachten, und bei diesem ist das Zeugniß des Vaters unzweifelhaft möglich.

So entschieden diese Frage auch Ulpian und Marcellus, Gaius hat eine andere Meinung, mit dem nichtssagenden Grunde, daß ein solches Zeugniß doch ein domesticum testimonium sei und darum bedenklich.[1] Die Stelle des Gaius haben die Verfasser der Justinianischen Institutionen abgeschrieben. Dies Ver-

---

1) („Bedenklich" (d. h. unzuverlässig) hat Gaius das domesticum testimonium schwerlich gefunden, sondern unförmlich, weil das Testament ein öffentlicher Act vor Volkszeugen sein soll. Allerdings ist dies ein älterer Gesichtspunct (vgl. z. B. L. 32. C. de fideicomissis (6, 42), „nichtssagend" ist aber der Grund darum nicht. A. d. H.)

sehen ist kein unverzeihliches, die Verfasser der Institutionen dachten nicht an die Pandektenstelle, oder die Compilatoren nicht an die Institutionenstelle. Ein äußerer Grund des Vorzuges der einen oder der anderen Stelle existirt nicht, es ist daher ein wirklicher Widerspruch vorhanden. Die Entscheidung aus inneren Gründen muß für die erste Ansicht geschehen, dazu kommt, daß die zweite den Charakter einer Ausdehnung ohne genügenden Grund hat.

3) Vornahme des Acts der Testamentserrichtung, (was dazu gehört, siehe nachher), vor den Zeugen, und zwar vor den versammelten Zeugen, (nicht successiv vor jedem einzelnen). Vor ihnen ist der Act vorgenommen, nicht schon bei körperlicher Anwesenheit, sondern wenn sie Bewußtsein und vollkommene Wahrnehmung davon haben. Außerdem würde die Form keine Garantie für die Gewißheit des Willenacts geben, also ihren Zweck verfehlen. Daraus ergiebt sich, daß Blinde so wenig Zeugen sein können, als Schlafende.

4) Unitas actus, d. h. der ganze Act muß als Einer angesehen werden können. Mithin darf keine wesentliche Unterbrechung, wodurch jene Einheit verhindert wird, vorkommen, keine fremdartige Handlung von Seiten der Theilnehmer eingemischt werden, namentlich kein fremdartiges Rechtsgeschäft, z. B. kein Vertrag. Dagegen können wohl solche Handlungen vorgenommen werden, welche mit der Errichtung selbst zusammenhängen, z. B. Holenlassen der Schreibmaterialien. Ebenso ist auch ein sonstiges Aussetzen des Acts unzuläßig; alle zu dem Acte gehörigen Handlungen müssen eodem die und tempore vorgenommen werden, so z. B. dürfen sie nicht vor Mittag begonnen, und nach dem Mittagessen continuirt werden. Auch ist nicht gestattet die Entfernung eines wesentlichen Theilnehmers, ausgenommen während einer unbedeutend kurzen Zeit. Bei nothwendiger dauernder Entfernung eines Zeugen kann ein Anderer substituirt werden, welcher von diesem Moment an als Zeuge eintritt.

Neuere Schriftsteller haben behauptet, dieses Erforderniß der unitas actus schließe mehrere selbstständige, besondere Erfordernisse in sich: Einheit der Handlung, des Ortes, der Zeit, des Tages. Aber alle diese Punkte kommen nur zur Sprache als die Einheit der Handlung bedingend. Der auffallendste Irrthum ist, den Ausdruck eodem die so zu nehmen, als dürfe die Handlung

nicht in einen anderen Calendertag hinüberreichen, also keine Mitternacht in den Act fallen. Dieses Erforderniß hätte keinen vernünftigen Grund, am wenigsten konnte es den Römern bei dem Mangel genauer Uhren in den Sinn kommen.

5) Die Erfordernisse der Testamentserrichtung: Fähigkeit des Testators, der Zeugen, Versammlung derselben, Wahrnehmung des Acts, Ununterbrochenheit müssen von Anfang des Acts bis zum Ende andauern. Daher die Frage: was gehört zum Act der Testamentserrichtung, und wann beginnt und wann schließt er?

a) Das Testament kann mündlich errichtet werden, (testamentum nuncupativum). Diese Art der Errichtung fordert vollständige mündliche Erklärung des Willens vor den Zeugen, so daß diese die Verfügungen des Testators vollkommen verstehen. In dieser Erklärung des Testators besteht der Act der Testamentserrichtung, weiter ist auch nichts wesentlich. — Zweckmäßig wird es sein, über diesen Act eine Beweisurkunde aufzunehmen, wodurch das Testament nicht ein schriftliches wird, (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Die Notariats-Ordnung hat vorgeschrieben, daß eine solche Urkunde nur dann Kraft haben soll, wenn der Notar, der sie aufsetzt, sie dem Testator und den Zeugen vorgelesen hat, und zwar gleich nach dem Act der Testamentserrichtung selbst, (siehe Note e des Lehrbuchs). Dieser Act wird dadurch nicht verlängert, da zum Bestehen des Testaments die Urkunde nicht wesentlich ist. Ist eine solche Beweisurkunde nicht aufgenommen worden, so muß der Beweis durch Deposition der Testamentszeugen geführt werden; siehe unten §. 516.

b) Das schriftliche Testament fordert wesentlich einen Aufsatz, worin der Wille des Testators verzeichnet ist, (hier brauchen die Zeugen nichts von dem Inhalt zu erfahren). Gleichgültig ist das Schreibmaterial, die Sprache, die Schrift, (nur darf es keine Chiffreschrift sein, [auch wenn der Schlüssel zu derselben dabei wäre], die äußere Beschaffenheit der Urkunde, (Correcturen, Rasuren u. s. w. sind kein Verstoß gegen die Solennität). Gleichgültig ist ferner der Schreiber der Urkunde, (diese heißt, wenn sie der Testator selbst geschrieben, testamentum holographum, — sonst allographum). Nach älterem justinianischen Rechte mußte der Name des Erben vom Testator oder von einem octavus subscriptor geschrieben sein; dieses Erforderniß hat die Novelle 119 aufge-

hoben. Endlich ist es gleichgültig, ob die Urkunde vor oder bei der Errichtung des Testaments geschrieben worden ist, die Abfassung gehört nicht zu dem Act der Errichtung.

Der Act der Testamentserrichtung enthält hier folgende Handlungen: 1) Erklärung des Testators, daß diese Urkunde seinen letzten Willen enthalte, 2) Unterschrift des Testators, (Ausnahme siehe Note i des Lehrbuchs), 3) Unterschrift und Siegelung der Zeugen, subscriptio und signatio. Die Siegel, deren sich die Zeugen bedienen, können eigene oder fremde sein. Nach justinianischem Recht sollen die Zeugen ihren Namen an zwei Orten schreiben, einmal innen und dann außen bei den Siegeln, womit sie das Testament verschließen, (superscriptio, adnotatio). Ein anderer Gebrauch der Siegel war den Römern nicht bekannt. Das Gewohnheitsrecht hat seit dem Mittelalter daraus Beglaubigungssiegel gemacht, so daß die Siegel eine Accession der Unterschrift bilden. Diese Unterschrift mit der Beidrückung der Siegel braucht nur einmal zu geschehen, innen oder außen in involucro. Auch die Notariats-Ordnung setzt diese Abänderung des römischen Rechts voraus.

Außerordentliche Form.

Wegen der Person des Testators.

§. 466.

Eine außerordentliche Form des Testaments ist in drei Fällen erforderlich: wenn Soldaten, Blinde, des Schreibens Unvermögende ein solches errichten wollen. Siehe das Lehrbuch. Der bedeutendste Fall ist der erste; das Soldatentestament ist das unter allen privilegirten am meisten privilegirte, auch in Beziehung auf den Inhalt, siehe unten. Ebenso in Absicht auf die Form. Gewißheit des Willens, worauf es hier allein ankommen soll, ersetzt die Solennitäten. Auch die Bezeichnung der letztwilligen Erklärung als Codicill schließt die Erbeinsetzung nicht aus. Natürlich kann auch ein früheres Testament, welches der Soldat gemacht hatte, als er noch nicht Soldat war, durch seine Erklärung, daß es gelten solle, gültig werden.

Wegen besonderer Umstände bei der Errichtung.

§. 467.

Testamentum tempore pestis conditum:

Der Sinn der Stelle, in welcher das Privilegium seinen Sitz hat,[1] ist sehr bestritten.

1) Welche Krankheit ist gemeint? Offenbar eine, bei welcher Furcht vor Ansteckung zulässig ist. Manche haben wunderlicherweise an die Epilepsie gedacht, und das Privilegium darauf beschränken wollen, veranlaßt allein durch den Ausdruck casus maior, weil dieser bei einigen römischen Schriftstellern für jene Krankheit vorkommt. Die Ansteckungsfähigkeit vorausgesetzt, die in der hier erforderlichen Art nicht existirt, wäre doch nicht abzusehen, wie die Möglichkeit eines epileptischen Zeugen andere abschrecken könnte, diese Möglichkeit würde bei jedem Testament angenommen werden müssen. — Vielmehr ist mit jenem Ausdruck eine epidemische Krankheit gemeint, welche durch ihre Energie und Stärke das Publicum beunruhigt, z. B. Cholera, welche in der That ähnliche Verordnungen hervorgerufen hat. Dies ist der casus maior et novus.

2) Was heißt testes morbo oppressos? Gewöhnlich hat man es übersetzt: von der Krankheit befallen; aber solche werden schwerlich noch Dienst als Zeugen thun. Natürlicher wäre an den Testator zu denken, wenn überhaupt von einem unter den mitwirkenden Personen schon eingetretenen Krankheitsfalle die Rede wäre, (daher die Emendation oppresso, welche auch schon in Handschriften vorkommt). Aber diese Voraussetzung ist nicht nöthig, jene Worte heißen: von der Krankheit bedrückt, beunruhigt, sie sind ein anderer Ausdruck für: contagio, quae testes deterret, am Eingang der Stelle. Dies ist kein classischer Styl, aber er stimmt vollkommen zu der unreinen bombastischen Ausdrucksweise, welche schon seit Diocletian in den Gesetzen vorherrscht.

---

1) L. 8. C. de testam. (6, 23): Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est. Non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solennitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppressos (alii: oppresso) eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.

3) Was ist an den sonstigen Formen nachgelassen? Nicht die Zahl der Zeugen, diese bleibt, wie ausdrücklich gesagt ist, dieselbe. Wohl aber ist die Art ihrer Beiziehung modificirt, sie brauchen nicht zusammengebracht zu werden, (gerade dies pflegt unter solchen Umständen gescheut zu werden), der Act der Testamentserrichtung kann also successive vor den Einzelnen vorgenommen werden. Nach der Art, wie die Basiliken[2] das Gesetz wiedergeben, darf wohl auch dies hineingelegt werden, daß die Zeugen sich dem Testator nicht zu nähern brauchen.

Ungegründet ist die Meinung, daß ein unter solchen Umständen errichtetes Testament aufgehoben sei, wenn der Testator nicht binnen eines Jahres nach der Errichtung gestorben ist.

Testamentum ruri conditum (Note b des Lehrbuchs):

Landleute können testiren vor fünf Zeugen, wenn nicht mehr zusammen zu bringen sind. Können nur einige schreiben, so mögen diese für die anderen mit unterschreiben, dann aber sollen alle den Inhalt des Testaments erfahren, und später eidlich darüber vernommen werden. Streitig ist:

1) Ob der Nothfall bewiesen werden muß? Nach dem Gesetz ist die Vermuthung zu behaupten, wenn nicht die Gegend eine sehr dicht bevölkerte ist.

2) Ob diese Vorschrift für Testamente bloß der Landleute selbst, oder auch anderer auf dem Lande wohnender Personen gilt?

Das Gesetz hatte eine doppelte Veranlassung: 1) die Unkunde der Landleute von der neuen justinianischen Testamentsform, während sie an die früher übliche mit fünf Zeugen gewöhnt waren. Diese ratio paßt nur auf eigentliche Landleute, und es erklärt sich daraus, warum das Gesetz diese nennt; 2) die Schwierigkeit, die größere Zahl von Zeugen, und noch mehr von schreibkundigen Zeugen zusammen zu bringen. Dies ist es allein, was noch heutzutage paßt, und dem Gesetze für uns einen Sinn giebt. Dieser Grund aber tritt mit gleicher Stärke für alle auf dem Lande Testirende ein, die Ausschließung der Nichtrustici wäre von diesem Standpunkt aus widersinnig. Entweder muß das Gesetz auch für sie in Anwendung kommen, oder es muß für antiquirt erklärt werden.

---

2) (Basil. libr. XXXV. tit. II. cap. VII. ed. Heimbach tom. 3. p. 545. A. d. H.)

Wegen des Inhalts des Testaments.

§. 468.

Testamentum parentum inter liberos, siehe das Lehrbuch. Folgende Punkte sind bei diesem Testamente noch besonders zu betrachten:

1) Ob das eigenhändige Einschreiben der Erben durch den Testator noch erforderlich ist, könnte bezweifelt werden. Zur Zeit der Vorschrift dieser Form war es für alle Testamente vorgeschrieben, also nur eine hier nicht remittirte Solennität. Dessenungeachtet ist das Erforderniß als hier fortdauernd zu betrachten, da es hier fast die einzige Solennität ist, welche die Aechtheit der Urkunde sichert.

2) Extraneae personae sind alle Nichtdescendenten, welche nicht ab intestato Erben werden. Nach der richtigen Ansicht gehören daher auch Descendenten dazu, welche durch eine Mittelsperson von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sein würden. Darum sind auch uneheliche Descendenten für den Vater extranei, auch sie können in einem solchen Testamente nicht zu Erben eingesetzt werden.

3) Das Gesetz schreibt vor, daß auch Vermächtnisse durch ein solches Testament an extranei sollten gegeben werden können, „wenn Zeugen zugezogen würden." Streitig ist nur, wie viel Zeugen hier erforderlich sind? Manche Juristen haben 7, einige 5, andere 2 behauptet. Die erste Meinung ist offenbar unrichtig, unter dieser Voraussetzung wäre ja auch eine Erbeinsetzung möglich; die letzte beruht auf einer äußerlichen Worterklärung. Der richtige Sinn jener Bestimmung ist: es können den Kindern auch Vermächtnisse auferlegt werden, wenn aber an extranei, fordern sie die sonstigen regelmäßigen Solennitäten der Zuziehung von fünf Zeugen.

4) Das Testament hat nicht die Kraft, ein anderes aufzuheben, nicht einmal gegenüber einem testamentum inter liberos, geschweige gegenüber einem solennen.

5) Die Eltern können, ohne zu testiren, über die Erbtheilung unter ihren ab intestato erbenden Kindern Anordnungen machen, divisio parentum inter liberos, siehe das Lehrbuch. Auch hier gilt natürlich eine extranea persona pro non scripta.

Testamentum ad pias causas:

Letztwillige Verfügungen zum Besten der Kirche oder sonst zu einem frommen Zweck sollen [nach canonischem Rechte, das in diesem Punkte gemeines Recht ist] gelten, wenn sie durch zwei Zeugen bewiesen werden, mögen sie Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse enthalten. [Doch kann hier nicht, wie bei dem testamentum inter liberos eine Enterbung vorgenommen werden.] Eine Solennität ist nicht vorgeschrieben, sondern nur Beweis erforderlich. Darnach ist die Frage zu entscheiden, ob auch anderer Beweis zuzulassen? Die Ausschließung dieses würde eben jener Vorschrift den Character einer Solennität geben, den sie nicht haben soll. Das Privilegium beschränkt sich durchaus auf diese Verfügungen selbst; ein Irrthum ist es, wenn man sonst zuweilen eine Participation anderer Verfügungen in demselben Testament behauptete, daher jenes Privilegium als eine Cautel für Testatoren ansah.

Oeffentliche Testamente.

§. 469.

Schon im römischen Recht wird die Möglichkeit erwähnt, Testamente statt vor Privatzeugen, vor einer obrigkeitlichen Person zu errichten, so daß deren Mitwirkung die sonstigen äußeren Solennitäten ersetzt.

So ist vorgeschrieben, daß die Uebergabe eines letzten Willens in Form einer Bittschrift an den Fürsten, wenn dieser ihn annimmt, eine vollkommen ausreichende Form sein soll. Man hat für und wider den jetzigen Gebrauch dieser Testamentsform gestritten. Dies ist nur eine historische Frage. Kommt ein solches Testament vor, so ist an seiner Gültigkeit nicht zu zweifeln.

Auch Testamente, welche vor einem Richter oder der Curie verlautbart und daselbst aufbewahrt werden, sind im römischen Recht für gültig erklärt. Diese Form (gerichtliche Testamente) ist in neueren Zeiten viel häufiger geworden, als sie in der römischen Zeit gewesen zu sein scheint, und es hat sich darüber folgendes Recht gebildet, welches die — allerdings dürftigen — Bestimmungen des römischen Rechts darüber zur Grundlage hat.

Man unterscheidet zwei Arten des gerichtlichen Testaments (analog dem mündlichen und schriftlichen Privattestament):

1) Testamentum apud acta conditum. Mündliche Erklärung des letzten Willens von Seiten des Testators vor dem Gericht oder einer Gerichtsdeputation (an der Gerichtsstätte, oder an einem anderen Ort), und Aufnahme eines gerichtlichen Protokolls. Dieses wird versiegelt, überschrieben und in das gerichtliche Depositorium gelegt; doch ist dies nicht wesentlich, namentlich nicht die gerichtliche Deposition, auch der Testator kann es in Verwahrung nehmen. Auch die Versiegelung ist nur eine Cautel gegen künftige Anfechtung des Testaments, (wo nicht particularrechtlich anderes vorgeschrieben ist) keine Solennität, so wenig wie bei anderen Protokollen.

Von Seiten des Richters ist iurisdictio voluntaria nöthig, keine Competenz, nur muß er in seinem Gerichtsbezirk sich befinden: nam si excesserit, privatus est. Zur Abfassung eines ordentlichen Protokolls gehören eine Richteramtsperson und ein Actuar, nur insofern der letztere bei Protokollen überhaupt für nicht wesentlich erklärt sein würde, würde er auch bei der Aufnahme von Testamenten überflüssig sein.

2) Testamentum iudici oblatum. Uebergabe eines schriftlichen Aufsatzes an das Gericht mit der Erklärung, daß derselbe das Testament des Uebergebenden enthalte. Das dabei aufgenommene Protokoll enthält hier nicht das Testament, sondern bloß den Act der Uebergabe. Der Inhalt des Aufsatzes braucht nicht zur Kenntniß des Richters zu gelangen. In Betreff der in der Note a erwähnten Streitfrage: ob nämlich das Gericht die von einem Testator, welcher nicht lesen kann, überreichte Urkunde vorlesen müsse, ist zu bemerken: die Oeffnung und Vorlesung des Testaments bei einem Lesensunkundigen ist rathsam, um den Verdacht der Unterschiebung zu beseitigen, als Solennität ist sie nicht vorgeschrieben. — Die richterliche Verwahrung ist hier als wesentlich zu betrachten.

Zwei Streitfragen sind noch in Beziehung auf diese Testamente entstanden:

1) Verliert das Testament durch Zurücknahme aus der öffentlichen Verwahrung seine Kraft? Dies ist nicht anzunehmen bei dem testamentum apud acta conditum, weil hier das Te-

stament von Anfang in der Verwahrung eines Anderen sein kann. Wohl aber bei dem testamentum iudici oblatum.

2) Kann ein solches Testament auch durch einen Procurator übergeben werden? Die Uebergabe ist die Testamentserrichtung; da nun Niemand durch einen Procurator ein Testament errichten kann, so kann er auch nicht durch diesen übergeben.

Canonische Testamente.

§. 470.

Siehe das Lehrbuch.

Erbeinsetzung.

Fähigkeit des Erben.

§. 471.

Hier ist von dem Inhalt des Testaments zu sprechen, so weit er hierher gehört, also von der Erbeinsetzung.

Die Erbeinsetzung setzt vor Allem die Fähigkeit des eingesetzten Erben voraus, testamentifactio passiva. Man hat oft behauptet, ein Unfähiger könne wenigstens unter der Bedingung des Fähigwerdens eingesetzt werden. Dieser Irrthum ist durch eine Vermischung zweier Begriffe entstanden: Erbfähigkeit und Capacität, (siehe oben §. 448).

Die Unfähigkeit, eingesetzt zu werden, bezieht sich auf jede Einsetzung, auch auf die bedingte, darum ist auch jene Bedingung unmöglich. So ist nach altem römischen Recht ein peregrinus, nach heutigem eine juristische Person ohne Successionsfähigkeit. Die Einsetzung ist nichtig, und dies wird durch eine nachherige Veränderung der Umstände nicht redressirt. Bei Soldaten ist es anders, sie können auch Unfähige zu Erben einsetzen, hier soll sogar jene Bedingung stillschweigend verstanden werden. Diese Ausnahme bestätigt die entgegengesetzte Regel.

Etwas Anderes ist die Unfähigkeit, zu erwerben, die bloße Incapacität bezieht sich gar nicht auf die Einsetzung, sondern nur auf die Erwerbung. Die Einsetzung ist nicht nichtig, sondern nur unwirksam, wenn zu der Zeit, wo die Erwerbung geschehen könnte, die Unfähigkeit noch dauert. Diese Zeit kann durch eine Bedingung noch weiter hinausgeschoben werden; so ist denn auch

die Einsetzung unter der Bedingung des Fähigwerdens (der Capacität) möglich. Davon allein sprechen die Stellen, welche man für obige Meinung angeführt hat. So trat nach altem Recht die Incapacität im Falle des Cölibats oder der Orbität ein; nach neuem Recht ist dies der Fall, wenn der Binubus seinen zweiten Ehegatten auf mehr eingesetzt hat, als ein Kind erster Ehe, und dieses stirbt vor dem Testator. Oder wenn dieser ein uneheliches Kind auf mehr als ein Zwölftel eingesetzt hat, und nachher stirbt das eheliche Kind, welches er damals noch hatte.

Willenserklärung.

Allgemeine Erfordernisse.

§. 472.

Allgemeine Erfordernisse der Willenserklärung, welche nicht den Erbeinsetzungen eigenthümlich sind, sondern auch für andere letztwillige Anordnungen gelten.

1) Von dem Willen, insonderheit von dem Einfluß der Motive und von der erforderlichen Bestimmtheit des Willens.

a) Zwang als Motiv. Es ist ein doppelter Einfluß des Zwanges auf den Willen des Testators möglich: er kann durch Zwang zur Abfassung einer Disposition vermocht, oder er kann verhindert werden, eine schon gemachte Disposition abzuändern. Im ersten Fall bewirkt der Zwang für den Zwingenden eine Indignität. Außerdem tritt Rescission ein, jedoch nur des wirklich durch den Zwang Hervorgebrachten. Es ist also hier wie bei anderen Rechtsgeschäften.

Viele Juristen behaupten Nichtigkeit der erzwungenen Disposition, oder gar schlechtweg des ganzen Testaments. Nichtigkeit folgt nicht aus der Natur des Zwanges, denn der Wille, wenn gleich er ein durch Drohung bestimmter ist, fehlt nicht; es müßte also eine singuläre Ausnahme für Testamente sein, aber davon enthält das geschriebene Recht nichts, siehe Note c des Lehrbuchs. Ja die Bestimmung über Indignität des Zwingenden enthält das gerade Gegentheil, denn diese wäre im Falle der Nichtigkeit unmöglich.

Im zweiten Falle, (wenn der Testator an der Abänderung seines Willens verhindert worden ist), tritt ebenfalls Indignität

für den Zwingenden ein. Von einer Rescission der betreffenden Disposition aber kann nicht die Rede sein, weil es nicht mit Sicherheit zu bestimmen ist, wie weit der Testator das Stehengebliebene wirklich geändert haben würde. — Kein Zwang sind Ueberredungen.

b) Irrthum als Motiv. Hier ist etwas von den gewöhnlichen Regeln, (wonach der Irrthum als Motiv keine Wirkung hat) Abweichendes festgesetzt. Wenn bei letztwilligen Dispositionen der Testator durch einen Irrthum bewogen worden ist, eine Verfügung zu treffen, die er sonst nicht gemacht, also eine Person zu bedenken, welche er sonst nicht bedacht haben würde, so kann die Verfügung von dem außerdem Berechtigten angefochten werden, z. B. der Testator hält sein Kind, oder den von ihm in einem früheren Testament eingesetzten Erben für gestorben, und setzt deshalb einen Anderen ein. Angefochten wird aber nur die auf dem Irrthum beruhende Verfügung, (dies kann aber allerdings in dem gegebenen Fall nicht bloß die Erbeinsetzung, sondern auch die Vermächtnisse sein, wenn nachweisbar, daß der Testator sie außerdem nicht errichtet haben würde). Ein solcher Irrthum kann sich auch in der Bezeichnung der bedachten Person aussprechen, und insofern ist auch diese wichtig, z. B. jemand setzt seinen Neffen A. zum Erben ein, dieser ist aber nicht sein Neffe und es läßt sich erweisen, daß in diesem Irrthum befangen der Testator ihn eingesetzt hat. Abgesehen davon ist die bloße irrige Bezeichnung der Person kein Hinderniß, es gilt auch hier der Satz: Falsa demonstratio non nocet. — Hat der Testator aus Irrthum eine andere Person bedacht, als die er wirklich bedenken wollte, so ist die Verfügung n i c h t i g, in Beziehung auf die erste, weil der Wille, in Beziehung auf die zweite, weil die Erklärung fehlt.

c) Unsittliche Motive. Diese machen die Verfügung dann nichtig, wenn sie ihr selbst einen unsittlichen Charakter geben, (turpis institutio), nicht dagegen, wenn sie bloß in einer Nebenbestimmung, Bedingung, sich ausdrücken, denn hier wird nur die Bedingung gestrichen. — Aus diesem Grunde ist nichtig die Einsetzung des Fürsten litis causa, d. h. nur mit der Absicht, Anderen dadurch die Rechtsverfolgung zu erschweren, seien es solche, welche das Testament anfechten möchten, oder andere Ansprüche haben. Unrichtig ist es, diesen Fall dahin einzuschränken,

ein ungültiges Testament werde dadurch nicht gültig. Ebenso ist die captatorische Disposition nichtig, d. h. die Zuwendung unter der Bedingung, daß der Honorirte den Testator oder einen Anderen künftig ebenfalls bedenken würde. Dies wird nicht als eine bloße turpis conditio behandelt, sondern die ganze Disposition wird dadurch zu etwas Unerlaubtem und daher ungültig. Es hat Juristen gegeben, welche behauptet haben, nicht bloß die captatorische Disposition, sondern auch die captirte sei ungültig, (siehe Note g des Lehrbuchs). Diese Meinung hat keinen rechtlichen Grund für sich, (schon in dem „künftig" liegt, daß die captirte Disposition nicht ungültig ist). Die Einsetzung unter der Bedingung: „wenn mich derjenige, welchen ich einsetze, in seinem bereits errichteten Testamente ebenfalls eingesetzt hat", ist nicht ungültig, also kann auch die Einsetzung nicht ungültig sein, wo es stillschweigend das Motiv war.

Endlich sind unsittlich Dispositionen, wodurch einem Erben ein Nachtheil auferlegt wird, z. B. Ernennung eines Miterben, Vermächtniß unter der Bedingung, daß er etwas Unsittliches unterlassen, oder eine sittliche Pflicht erfüllen würde. Nach älterem Recht waren überhaupt poenae nomine relicta ungültig, d. h. solche Verfügungen, wodurch zunächst und überhaupt der Erbe benachtheiligt werden sollte, nicht mehr nach justinianischem Recht.

d) Bestimmtheit des Willens. Der Wille des Testators muß von der Beschaffenheit sein, daß der Berufene wirklich speciell als durch den Testator ernannt erscheint. Nach altem Recht wurde ein bestimmtes Bewußtsein bei dem Testator von dem Individuum als möglich vorausgesetzt; daher konnte keine incerta persona eingesetzt werden, z. B. wer zuerst zu meiner Leiche kommt, (dagegen wohl mit dem Zusatz: ex cognatis meis, weil hier eine Einsetzung aller Cognaten, unter jener Bedingung angenommen wurde). Diese Beschränkung hat Justinian aufgehoben in einer verloren gegangenen Constitution, von der wir nur den Auszug in der Note i des Lehrbuchs citirten Institutionenstelle haben. Möglich ist hiernach das Honoriren von incertae personae, sofern die Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann und übergeht. Daher auch Verfügungen zu einer pia causa, (für die Armen, Loskauf von Gefangenen). Auch Posthumi können eingesetzt werden, nicht bloß sui, was schon nach altem Recht möglich war, sondern auch alieni.

Sonst aber hat das justinianische Recht das Erforderniß der Willensbestimmtheit festgehalten, also damit das Erforderniß, daß die Berufung dieser Person unmittelbar auf den Willen des Testators sich gründe. Daher wäre eigentlich ungültig die Einsetzung: ille aut ille, aber durch benigna interpretatio wird sie copulativ verstanden. Ferner kann die Ernennung des Erben nicht direct auf den Willen eines Dritten gestellt werden. Man hat geglaubt, das canonische Recht habe diesen Grundsatz völlig aufgehoben,[1] also es gelte ein Testament, worin die Einsetzung mit den Worten erfolgt sei: der soll mein Erbe sein, den Titius dazu erwählen wird. Dies wäre eine Abnormität der stärksten Art, im Widerspruch mit dem Begriff der Berufung durch den Testator selbst. Es ist aber nachzuweisen, daß die angeführte Stelle in einem viel beschränkteren Sinn gemeint ist; sie hat nämlich den Fall im Auge, wo Geistliche dem Bischof die Austheilung ihrer Hinterlassenschaft auftragen, um das ius spolii[2] zu verhüten, welches damals üblich war, solche Verfügungen sollten nur eben zu diesem Zweck für gültig erklärt sein. Dieser Sinn der Stelle ist gründlich nachgewiesen worden von Glück a. a. O. Die Praxis hat denn auch stets den römischen Grundsatz gegen jene Auslegung des canonischen Rechts festgehalten.

Indirect ist der Einfluß einer fremden Willkühr allerdings möglich, wenn nur die Berufung noch immer als unmittelbarer Wille des Testators erscheint.

α) Durch Beifügung einer Bedingung, deren Erfüllung rein von der Willkühr eines Dritten abhängt. Vgl. die Stellen Note 1 des Lehrb. Ebendaselbst die literarischen Notizen über die verschiedenen Erklärungen derselben. Die erste Stelle:[3] quid enim interest etc. hat den Sinn: materiell kommt es auf dasselbe hinaus, ob die Disposition direct der Willkühr eines Dritten überlassen oder ob sie von dem Entschluß eines Anderen unter einer Bedingung abhängig gemacht wird, daher kann man wirklich sagen: in arbitrium alterius confertur. Die Worte wollen

---

1) C. 13. X. de testam. (3, 26). Vgl. Glück, Comment. Bd. XXXIII. S. 476. ff.

2) (Mündliche Paraphrase nach Parbs a. a. O. S. 96.: „Einziehung der Erbschaft eines Geistlichen durch den Gutsherrn, Recht der Einziehung durch Rips Raps.“ A. d. H.)

3) L. 1. pr. D. de leg. II. (31): In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quid enim interest: si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an: si voluerit?

also nicht sagen, daß beides gleich behandelt wird, sondern daß man wirklich eine Zuwendung von fremdem Willen abhängig machen kann, (nur indirect).

Man hat geglaubt, bei Fideicommissen habe schon im alten Recht der Grundsatz nicht gegolten; siehe Note 1 des Lehrbuchs. Aber der Unterschied der Fideicommisse von den Legaten in dieser Beziehung war nur der: bei Legaten wurde von den römischen Juristen die Bedingung: si voluerit Titius geradezu nicht zugelassen, sondern nur eine andere Einkleidung des fremden Willens, bei welcher die Willkühr nicht so grell hervortrat. Anders bei Fideicommissen; hier hatte man dieses Bedenken nicht, und dies ist für das justinianische Recht als allgemein zu betrachten.

β) Die Einsetzung, bei welcher die Wahl zwischen mehreren Honorirten ebenfalls einem Dritten gegeben wird; auch hier ist Jeder vom Testator ernannt; wird nicht gewählt, so wird der Fall so behandelt, wie wenn der Wahl nicht gedacht, also wie wenn ille aut ille gesetzt worden wäre, [was dann copulativ genommen wird]; siehe oben.

In den beiden Fällen ist das Erforderniß, daß der Berufene durch den Testator selbst berufen werde, salvirt. Denn wer hier Erbe wird, der wird es durch den unmittelbaren Willen des Testators; durch den Willen des Dritten kann er nur ausgeschlossen werden.

2) Von der Erklärung.

Uebereinstimmung von Wille und Erklärung. Eine blos contumeliose Bezeichnung einer Person ist unwirksam; siehe Note p des Lehrbuchs. Eine solche Person kann man nicht einen Honorirten nennen, und nach Beseitigung des Schimpfwortes bleibt nichts übrig. Undeutlichkeit der Erklärung ist kein Hinderniß, wenn sie durch Interpretation entfernt werden kann. Für die Interpretation gilt möglichstes Bestreben der Aufrechthaltung der Disposition als Princip, ferner Bewahrung vor allzuängstlicher Strenge, wodurch die Absicht des Testators, (die im Allgemeinen als eine günstige vorauszusetzen ist), verfehlt werden möchte, [umgekehrt wie bei Verträgen, wo keine Benignitas vorgeschrieben ist].

Vollendung der Erklärung. Dies Erforderniß gilt von der ganzen Erbeinsetzung, nicht blos von der Erbeinsetzung eines einzelnen Erben. Außerdem gilt auch der erklärte Theil nicht. Auch die Beifügung einer Bedingung gehört dahin, wenn sie der Testator nur gegenwärtig schon beifügen wollte. Daß der Testator noch

nach der Erbeinsetzung Vermächtnisse errichten wollte, schadet nicht, wenn nur jene ganz vollendet ist.

Als Garantie der Gewißheit des Willens in der Erklärung ist noch eine besondere Vorschrift gegeben worden, das S. C. Libonianum; siehe das Lehrbuch. Abfasser der Urkunde ist der Schreiber und der Dictant. Zu seinen Gunsten ist etwas hinterlassen, auch wenn eine Person, durch die er erwirbt, bedacht ist. Den Abfasser trifft, außer der Ungültigkeit, noch die Strafe des Falsums.

Besondere Erfordernisse der Erbeinsetzung.

§. 473.

Nach altem Recht waren für die Erbeinsetzung solenne Worte vorgeschrieben: heres esto, heredem esse iubeo. Dieses Erforderniß ist im justinianischen Recht aufgehoben. Auch die Stelle, wo die Einsetzung steht, ist gleichgültig. Es ist also nur das in der Sache liegende Erforderniß geblieben, daß der Testator einen Universalsuccessor ernenne, gleichviel mit welchen Worten, wenn nur der Ausdruck diesen Sinn haben kann. Im Einzelnen ist noch folgendes zu bemerken:

1) Es muß eine Ernennung erfolgt sein, d. h. eine ausdrückliche Erklärung, wer Erbe sein solle; eine stillschweigende Erbeinsetzung ist nicht möglich. Daher Regel: In conditione positus comprehensus esse non censetur in dispositione, (z. B. wenn Titius vor mir stirbt, soll Sempronius mein Erbe sein). Ob diese Regel auch noch heute gilt, ist unter den neueren Juristen controvers; siehe Note c des Lehrbuchs. Der Grund, welchen man gegen ihre Beibehaltung anführt, ist lediglich die Formlosigkeit des neueren Rechts: eine „institutio quibuslibet confecta sententiis vel in quolibet loquendi genere“ soll gelten, wenn sie nur gewiß ist. Aber damit hat der Gesetzgeber nur die frühere Nothwendigkeit bestimmter Worte, nicht die einer ausdrücklichen Erklärung überhaupt aufgehoben. Darum sind die Pandektenstellen recipirt, da sie in der That insoweit noch geltendes Recht enthielten.

Dagegen ist Ernennung möglich ohne Benennung, d. h. Bezeichnung der Person, indem diese noch vorbehalten wird, (testamentum mysticum). Die Benennung bedarf keiner Solennität, nur Gewißheit, (die Meinung einiger Juristen, daß die Codicillarform erforderlich sei, ist ganz unbegründet). Hier kann die Frage aufgeworfen werden, ob auch ein mündliches Testament ein mysti-

sches sein könne? Nach dem geschriebenen Recht ist die Nennung des Erben ein wesentliches Erforderniß; siehe Note d des Lehrbuchs.[1] Die Praxis läßt ein solches Testament zu, die Erklärung des Vorbehalts vor den Zeugen vorausgesetzt.

2) Ernennung eines Universalsuccessors. Das Wort Erbe ist nicht wesentlich und giebt, wenn die Einsetzung ihm nicht entspricht, nie den Ausschlag. Z. B. ich vermache dem A. mein ganzes Vermögen, ist eine gültige Erbeinsetzung. Umgekehrt, wenn Jemand zum Erben ernannt ist auf eine einzelne Sache, daneben ein Anderer auf die Erbschaft, oder einen quoten Theil, oder ohne Nennung eines Theils, so ist der erstere Vermächtnißnehmer, der letztere Erbe. Wenn nun jener erste allein steht, d. h. wenn bloß Personen unter der Benennung: Erben auf eine certa res eingesetzt sind, so werden dieselben in diesem Falle zwar Erben, aber die Erwähnung der Sache ist wegzudenken. (Also in einem Conflict zwischen Wort und Sache müssen wir zuerst die Sache als das Entscheidende ansehen, erst wenn außerdem gar keine Erbeinsetzung übrig bliebe, da doch ein Testament beabsichtigt ist, das Wort.) Der einzelnen Sache steht auch gleich der Nießbrauch, wenngleich er an dem ganzen Vermögen oder an einer Quote desselben gegeben würde. Daher wenn der eine auf den Nießbrauch, der andere auf die Proprietät eingesetzt ist, so ist der erstere im Zweifel Legatar, (wofern nicht eine andere Absicht des Testators bestimmt nachgewiesen werden kann, nämlich daß diese Modification nur auf die Art der Theilung Bezug hat).

Erbtheile.

§. 474.

Mehrere Erben ohne Antheilsbestimmungen ernannt, haben gleiche Theile. Möglich ist eine stillschweigende Bestimmung der Erbtheile in der Art der Ernennung. Schon in der Conjunction mehrerer Erben, gegenüber anderen, kann eine Theilung liegen. Nicht jede Verbindung ist eine Conjunction mit dieser Wirkung, sondern eine Conjunction nennen wir die Ernennung mehrerer Erben für einen Theil, wodurch eine Ungleichheit der Erbtheile entsteht, (ähnlich wie bei der Intestaterbfolge in stirpes und in lineas). Die Erfordernisse der Conjunction sind:

---

1) L. 21. pr. D. qui test. (28, 1), Notariatsordnung (1512) Tit. II. §. 8.

1) eine Satzverbindung,

2) eine solche, aus der sich jener Wille des Testators mit Sicherheit schließen läßt.

Dies wird der Fall sein, wenn sich dem gebrauchten Ausdruck kein anderer Grund unterlegen läßt; z. B. einer der Kürze halber gebrauchten Collectivbezeichnung. Dieses Princip muß uns bei der Formlosigkeit des Ausdrucks im neueren Recht leiten. Beispiele: A., B., und C. sollen meine Erben sein; hier ist nicht einmal eine Satzverbindung vorhanden, wodurch die Verbundenen anderen gegenübergestellt werden. A. soll mein Erbe sein; B. und C. sollen auch meine Erben sein; hier ist zwar das erste Erforderniß der Conjunction vorhanden, aber nicht das zweite. Ich ernenne zu Erben: 1) A., 2) meines Bruders drei Söhne; hier ist es noch nicht ganz klar, ob die Verbindung der letzteren nicht bloß eine bequeme, der Kürze wegen gebrauchte Collectivbezeichnung ist. Dagegen die Einsetzung: meine Erben sollen sein 1) A., 2) B., C. u. D., ist eine unzweideutige Conjunction.

Die ausdrückliche Theilbestimmung muß vor Allem Antheile an der Erbschaft zum Inhalte haben. Hat der Testator Erben eingesetzt jeden in eine Sache, und sie sind als Erben anzusehen, so kann seine Absicht eine doppelte gewesen sein, entweder nur Berücksichtigung bei der Ausführung der Erbtheilung, oder Prälegat. Im Zweifel ist das letztere anzunehmen. Bestimmt der Erblasser quote Theile von einer Sache, indem er sie auf diese Sache zu Erben einsetzt, so ist es, wenn Erbeinsetzung, eine ohne Theile, sie werden demnach Erben zu gleichen Theilen. Denn unpassende Nebenbestimmungen sind für nicht beigefügt zu achten.

Dasselbe Resultat tritt ein, wenn der Testator zu den Theilen eingesetzt hat, welche er künftig bestimmen würde, oder die er in einem früheren Testament gemacht habe, und wenn alsdann eine solche Bestimmung nicht geschehen ist. Ausgenommen, wenn die Nebenbestimmung, daß der Testator künftig die Theile bestimmen werde, als Bedingung gesetzt war; dann ist die Einsetzung wegen Deficienz dieser Bedingung nichtig.

Hat der Testator zu viel vertheilt, so decrescirt jedem Einzelnen pro rata seines Antheils. Ist aber noch außerdem einer ohne Antheilsbestimmung eingesetzt, so wird jeder Theil auf die Hälfte reducirt, und das Uebrige bekommt der letztere, (ex asse fit dupondium, d. h. aus dem gewöhnlichen Bruchtheile $\frac{1}{12}$ wird $\frac{1}{24}$). Ebenso verhält

es sich, wenn die Erbschaft mit den bestimmten Theilen aufgeht und außerdem noch einer eingesetzt ist; ausgenommen wenn dieser Letzte ausdrücklich auf den Rest eingesetzt wäre; dies ist eine Einsetzung auf Nichts und daher nichtig.

Hat der Testator zu wenig vertheilt, so accrescirt das Uebrige den Erben pro rata. Dies gilt von einem Filiusfamilias, der über die bona castrensia testirt hat und als paterfamilias stirbt, auch hinsichtlich des übrigen Vermögens. Eine Ausnahme tritt ein, wenn er über die bona castrensia als Soldat testirt hat, dann bekommen das übrige Vermögen seine Intestaterben, weil der Soldat pro parte intestatus sterben kann. Ein Soldat, der Paterfamilias ist, kann demnach bona castrensia und sonstiges Vermögen als zwei verschiedene Erbschaften behandeln, und diese Unterscheidung hat sogar Wirkung für seine Gläubiger, so daß die in castris es gewordenen sich ausschließlich an die Erben der bona castrensia halten müssen, ebenso umgekehrt die Gläubiger extra castra an die Erben des übrigen Vermögens.

Nebenbestimmungen.

§. 475.

Ueber die Unzulässigkeit von Zeitbestimmungen und Resolutivbedingungen bei der Erbeinsetzung siehe das Lehrbuch.

Die Wirkung einer statthaften Bedingung ist Aufschub der Delation bis zur Erfüllung der Bedingung. Diese Modification kann die Erbeinsetzung nicht erst im Codicill erhalten, quia codicillis hereditas adimi non potest. Auch nicht im Testamente selbst, wenn die Erbeinsetzung unbedingt gemacht worden ist. Denn hier sind zwei Erbeinsetzungen zu demselben Theil vorhanden, von denen die unbedingte die bedingte absorbirt. Ebenso wenn zwei Einsetzungen zu demselben Theil unter verschiedenen Bedingungen angeordnet worden; hier ist es genug, wenn Eine Bedingung erfüllt ist, da die zwei Erbeinsetzungen nicht mehr geben, als schon die eine, welche durch Existenz ihrer Bedingung wirksam geworden ist.

Eine casuelle Bedingung kann schon vor dem Tode des Erblassers erfüllt werden. Nicht so die Potestativbedingung; die Handlung vor dem Tode des Erblassers gilt nicht als Erfüllung, da sie nicht mit diesem Willen der Erfüllung einer schon wirksamen Bedingung vorgenommen sein kann. Wußte der Testator

die Existenz der casuellen Bedingung, so ist eine nochmalige Existenz derselben als sein Wille anzunehmen.

Conditione pendente ist keine vollendete Delation vorhanden, also auch keine Erwerbung möglich. Dessen ungeachtet sind dem Erben Wege eröffnet, schon pendente conditione zum Besitz der Erbschaft zu gelangen:

1) durch die bonorum possessio secundum tabulas, gegen Caution der Restitution an den, an welchen im Fall der Deficienz der Bedingung die Erbschaft fallen wird. Dieser Weg ist verschlossen bei der Potestativbedingung; hier aber tritt Ergänzung dieser prätorischen Vorschrift durch die cautio Muciana ein.

2) Bei Potestativbedingungen ist im Allgemeinen eine solche Hülfe nicht Bedürfniß. In einem Fall aber wird eine Ausnahme gemacht, wenn nämlich der Erbe die Zeit der Erfüllung nicht in seiner Macht hat. Dies ist der Fall bei den conditiones non faciendi; für diesen ist die cautio Muciana bestimmt. Die Voraussetzungen derselben siehe im Lehrbuch.

Zur Streitfrage in der Note q des Lehrbuchs: Findet die cautio Muciana bloß unter Miterben oder auch sonst statt? Manche Juristen stellen die beschränkende Meinung auf, nach welcher nur wenn es sich um Miterben handle, die cautio Muciana zulässig sei. Man könnte dies behaupten

a) zum Nachtheil des Erben, er muß bis zur Erfüllung der Bedingung warten;

b) zum Nachtheil der anderen Interessenten, der Erbe bekomme die Erbschaft ohne Caution.

Das Erste müßte ohne Zweifel vorgezogen werden, aber kein Grund berechtigt zu dieser Annahme. Andere haben das Zweite behauptet, daß der Erbe ohne alle Caution die Erbschaft gleich bekomme und haben sich dafür auf die in der Note q des Lehrbuchs abgedruckte Stelle[1] berufen, mit Unrecht. Die dort gegebene Bedingung wird erlassen bei einem heres ex asse, aber nur weil sie eine conditio perplexa ist, (sie besteht in der Veräußerung eines erbschaftlichen Sclaven, diese kann er aber nur vornehmen, wenn er Erbe ist, es ist also keine eigentliche Er-

1) L. 4. §. 1. D. de conditionibus institutionum (28, 7): Idem Julianus scribit, eum qui heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem, ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri, quae sententia vera est.

füllung der Bedingung möglich, ehe er es wird.[2] Bei Miterben wird sie aufrecht erhalten, indem sie hier dahin interpretirt wird: Si caverit coheredi etc.; sind keine solche da, so ist sie ungültig. Die Stelle spricht also gar nicht von der Mucianischen, [sondern von einer durch den Testator selbst angeordneten Caution. Also auch beim heres ex asse ist die cautio Muciana zulässig].

Diese Cautionen sind satisdationes. Nur die Wittwe bei der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, wird zur juratorischen Caution mit Verpfändung ihrer Güter gelassen.

Turpes conditiones werden gestrichen. Der Erbe soll nicht unter der Unsittlichkeit des Testators leiden, an der er keinen Theil genommen hat. Die Mehrzahl der römischen Juristen hat diese Regel ausgedehnt auf impossibiles conditiones, [und diese Ausdehnung ist auch in Justinians Compilation recipirt. Hier hat die Abweichung den Grund, daß die unmögliche Bedingung als eine mit der Hauptbestimmung unverträgliche betrachtet wird]. Die Sache wird so angesehen: der Testator wollte etwas zuwenden, fügte aber die unverständliche Nebenbestimmung hinzu, diese Nebenbestimmung wird als etwas Unerklärliches fallen gelassen. Anders wenn die Bedingung nicht schon bei der Errichtung unmöglich war, nachherige Unmöglichkeit ist Deficienz der Bedingung. Doch muß Rücksicht auf eine nachweisbare abweichende Intention des Testators genommen werden, z. B. es ist die Bedingung gesetzt, jemanden zu heirathen; der Eingesetzte heirathet diese Person nach der Errichtung des Testaments vor dem Tode des Testators, [hier gilt die Bedingung für erfüllt].

Substitutionen.

§. 476.

Siehe das Lehrbuch.

Vulgarsubstitution.

§. 477.

Die Vulgarsubstitution ist

1) eine Erbeinsetzung, daher kann sie nur in einem Testament geschehen, eine Einsetzung für sich, daher sie nicht nothwendig die Bedingung der Institution, [(d. h. die bei der Erbeinsetzung ge-

2) Vgl. Faber, Coniect. iuris civ. lib. II. 16.

machte und für den Vorgänger der Substitution geltende Bedingung)] an sich nimmt;

2) eine Erbeinsetzung unter der Bedingung des Nichterbewerbens eines oder mehrerer Vorhergehenden, sei es daß diese nicht Erben werden wollen oder können. Im Zweifel sind beide Fälle anzunehmen, auch wenn nur einer genannt wäre, was sich nach dem Zweck der Substitution von selbst versteht. Ist ein suus der vorher ernannte Erbe, so tritt die Vulgarsubstitution ein, nicht bloß wenn jener nicht Erbe wird, (wenn er stirbt vor dem Tode des Testators), sondern auch wenn er abstinirt. Anders ist es, wenn der vorherernannte Erbe durch Restitution von der Erbschaft entbunden wird; durch seine Annahme hat die Bedingung deficirt, weshalb der Substitut nicht eintritt.

Es kann Jemand Mehreren substituirt sein. Hier ist die Bedingung, daß alle nicht Erben werden. Dies gilt sowohl wenn mehreren zusammen Berufenen, als auch wenn mehreren successiv Berufenen substituirt ist. Im letzteren Fall sind es mehrere Substitutionen, und es ist gleich, in welcher Ordnung sie wegfallen; dies wird durch die Regel ausgedrückt: Substitutus substituti censetur esse substitutus instituto, (siehe Note d des Lehrbuchs).

Der Substitut kann zugleich auch institutus sein, da dieselbe Person mehrmals zu verschiedenen Portionen eingesetzt sein kann, und so auch bedingt und unbedingt.

Wenn mehrere Instituten substituirt sind, so geht der mit dem Wegfallenden Conjungirte den anderen vor.

Der Tod des Substituten vor dem Substitutionsfall, (vor der Delation) vernichtet die Substitution.

Zu Note g des Lehrbuchs, (über die Fälle, wo der Substitut in partem neben dem Institutus zugelassen wird):

Der Fall des justinianischen Rechts ist folgender. Ein Sclave ist eingesetzt, den der Testator für frei hielt; si heres non erit, ist Sempronius substituirt. Der Sclave tritt auf Befehl seines Herrn an. Sempronius wird in partem berufen. Als Grund wird angeführt: bei der wissentlichen Einsetzung eines fremden Sclaven schließt jene Bedingung (si heres non erit) eine doppelte Thatsache ein: wenn er selbst (mutata conditione) oder ein Anderer durch ihn (manente conditione) nicht Erbe wird. Bei einem Freien dagegen liegt darin: wenn er selbst (manente conditione) oder ein Anderer durch ihn (mutata conditione) nicht

Erbe wird. Man kann nun im vorliegenden Fall weder sagen, die Bedingung ist deficient, noch, sie ist vollständig erfüllt; daher tritt die Theilung der Erbschaft ein.

Schwierigkeit macht aber die handschriftliche Lesart der L. 40. D. de her. instit.[1] a. E., wonach der Substitut nur ein Viertheil bekäme. Dies hat Huschke (vergl. die in der Note g des Lehrbuchs citirte Abhandlung) auf neue Weise erklären wollen. Das Wahrscheinliche ist Corruption des Textes, statt alter semis muß es entweder hereditas oder uter semis heißen. Eine solche Lesart setzen auch die Institutionen[2] voraus. Eine Erklärung des uter statt hereditas wäre: der eine Theil der Bedingung, si non sibi adquisierit, ist eingetreten, der andere Theil, si non alium heredem fecerit, deficient, aber beide nicht so wie es der Testator meinte, daher werden zwei Theile der Erbschaft gemacht, ebenso wie zwei Theile der Bedingung da sind, und von jedem dieser Theile erhält der Substitut die Hälfte, von dem ersten, weil er nicht ganz berufen, von dem zweiten, weil er nicht ganz ausgeschlossen worden ist.

Pupillarsubstitution.

§. 478.

Pupillarsubstitution ist die Ernennung eines Erben für den Unmündigen durch den, in dessen väterlicher Gewalt dieser ist. Es ist ein Testament, bei dem Testator und Erblasser verschiedene Personen sind.

Dieses Recht giebt die väterliche Gewalt über sui impuberes, auch posthumi, nicht über die nach dem Tode des Gewalthabers in eine andere Gewalt fallenden.

---

1) L. 40. D. de her. inst. (28, 5): Si paterfamilias Titium, quem ingenuum esse credebat, heredem scripserit eique si heres non esset, Sempronium substituerit, deinde Titius, quia servus fuerat, iussu domini adierit hereditatem, potest dici, Sempronium in partem hereditatis admitti; nam qui scit, aliquem servum esse, et eum heredem scribit, et ita substituit: si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto, intelligitur tale quid dicere, si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit. At qui eum, quem liberum putat esse, heredem scripserit hoc sermone: si heres non erit, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi adquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit; quae adiectio ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti postea in servitutem deducti fuerint. Igitur in hoc casu semisses fient ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur.

2) §. 4. Inst. de vulg. subst. (2, 15).

Der Testator verfügt über die Erbschaft seines Kindes. Die Substitution ist nicht auf das von ihm vererbte Vermögen beschränkt; auch wenn das Kind gar nichts von ihm erhielte, ist die Substitution gültig. Eine Ausnahme tritt ein bei dem arrogator impuberis; der Substitut, welchen ein solcher ernannt hat, erhält bloß das von dem Arrogator oder wenigstens rücksichtlich seiner, z. B. von dessen Verwandten, dem Unmündigen zugewendete Vermögen. — Die Befugniß, pupillarisch zu substituiren, enthält aber nicht das Recht, Vermächtnisse aus der Erbschaft des Pupillen zu geben, sondern nur aus dem Vermögen des Substituenten, sofern es an den Pupillen kommt.

Der Pupillarsubstitut ist als solcher Erbe des Kindes, nicht des Testators. Die Substitution kann daher nicht von den Notherben des Vaters angefochten werden, denn es ist nicht seine Erbschaft, nicht von denen des Kindes, denn dieses hat ja nicht testirt. Ferner: wenn der Substitut incapax ist hinsichtlich des Vaters, z. B. der zweite Ehegatte, so beschränkt dies die Pupillarsubstitution nur hinsichtlich des väterlichen Theils des Vermögens. Da aber der Substitut sein Erbrecht doch durch den Vater erhält, so ist er, wenn er suus dieses ist, auch als Substitut suus et necessarius des Pupillen.

Die Bedingung der Pupillarsubstitution ist das Versterben des Unmündigen während der Unmündigkeit. Ein engerer Termin ist möglich, ein weiterer wird auf die Dauer der Unmündigkeit reducirt.

Wenn der Pupill selbst zum Erben des Vaters ernannt worden ist, so kann die Pupillarsubstitution mit der Vulgarsubstitution verbunden werden; dies ist die s. g. duplex substitutio. Dem Pupillen kann nämlich in primum casum substituirt werden, (Vulgarsubstitution), und in secundum casum, (Pupillarsubstitution). Ja es soll die Vulgarsubstitution als Pupillarsubstitution stillschweigend verstanden werden, und umgekehrt; die eine enthält immer die andere als tacita substitutio. Doch nur wenn nicht eine andere Absicht des Testators nachgewiesen werden kann. Ausnahmen von jener Vermuthung, daß die eine Substitutionsart in der anderen begriffen ist, sind:

1) Einsetzung eines posthumus mit seiner Mutter; hier ist zum Besten dieser, (also wenn sie das Kind überlebt), die Vulgarsubstitution bloß als solche zu behandeln, also eine Ausdehnung

derselben in der angegebenen Weise findet nicht statt, wenn dies zum Nachtheil der Mutter gereichen würde.

2) Gegenseitige Substitution zweier Personen, von denen nur die eine ein suus impubes ist, ist ohne nähere Erklärung nur als Vulgarsubstitution zu verstehen. Denn sonst würde der Ausdruck, invicem eos substituo gleichzeitig eine doppelte Bedeutung erhalten. Ebenso ist es, wenn überhaupt Zweien substituirt worden ist, deren einer nur eine Vulgarsubstitution möglich macht. — Eine dritte Ausnahme, welche man für das Testament eines Soldaten hat machen wollen, ist nicht gegründet. Die Stelle,[1] welche man dafür angeführt hat, spricht bloß von der Möglichkeit der Beschränkung, welche bei allen Testatoren eintritt.[2]

Von dieser Verbindung der Substitutionen muß der Fall unterschieden werden, wo eine Vulgarsubstitution in der Pupillarsubstitution angeordnet ist. Die Pupillarsubstitution ist eine Erbeinsetzung, bei der plures gradus gemacht werden, z. B. wenn mein Kind in der Unmündigkeit verstirbt, so substituire ich ihm A., und wenn dieser nicht Erbe wird, B. Eine solche successive Substitution liegt aber nicht darin, daß der, dem pupillariter substituirt worden ist, wieder einem Anderen substituirt ist: Meinem unmündigen Kinde A. substituire ich mein unmündiges Kind B., diesem sodann C.; hier ist C. nur dem B., nicht auch dem A. substituirt. Der Pupillarsubstitut eines Pupillarsubstituten ist also nicht Pupillarsubstitut dessen, dem dieser es ist.

Der Vater hat das Recht der Pupillarsubstitution, aber er kann es nur unter der Voraussetzung ausüben, daß er selbst einen testamentarischen Erben hat, daher sich selbst ein Testament macht. Von diesem väterlichen Testamente hängt die Pupillarsubstitution ab, pars et sequela est paterni testamenti. Die Pupillarsubstitution kann wirklicher Theil dieses Testaments sein, (jedoch ist sie auch hier mit besonderer Versiegelung möglich, wo sie dann nicht vor dem Eintritt des Substitutionsfalls geöffnet wird), der

1) L. 8. C. de impub. et aliis subst. (6, 26). (Es tritt vielmehr eine Beschränkung der zweiten Ausnahme ein, da ein Soldat auch einem extraneus noch nach der Antretung substituiren kann; nur muß der Substitut beweisen, daß der Testator die gegenseitige Substitution auf diesen Fall zu erstrecken beabsichtigte. Vgl. L. 6. C. de test. mil. (6, 21.) A. d. H.)

2) (Mündliche Erläuterung nach Parbs a. a. O. S. 97: die Vorschrift, daß im Soldatentestamente die eine Substitutionsart nicht schon in der anderen begriffen sein soll, enthält keine juristische Nothwendigkeit, sondern nur eine Interpretationsregel. A. d. H.)

Vater kann die Substitution aber auch in einem besonderen Testament errichten, (welches dann alle Testamentssolennitäten haben muß). Dieses muß indessen dem väterlichen Testament nachfolgen, und gilt auch hier wie ein Theil desselben. In einem Codicill kann sie nicht errichtet werden, ist sie aber in einem solchen gemacht, so wird sie als fideicommissarische Substitution in die väterliche Erbschaft des Pupillen interpretirt.

Der Testator verfügt über zwei Erbschaften, seine und die des Pupillen. Der Substitut als solcher ist Erbe des Pupillen, nicht des Vaters. Wenn daher weder der Pupill Erbe des Vaters geworden ist, (er hat abstinirt oder ist bona mente exheredirt worden), noch auch der Substitut, (er ist nicht eingesetzt), so kann dieser nicht von den Gläubigern des Vaters belangt werden. Siehe die erste in der Note 1 des Lehrbuchs abgedruckte Stelle;[3] das Gegentheil scheint die zweite Stelle dieser Note[4] zu sagen: er müsse die Schulden des Vaters bezahlen aus der pupillarischen Erbschaft, weil er doch durch den Vater berufen ist. Die Sache verhält sich aber so. Es waren allerdings über diesen Punkt verschiedene Meinungen unter den römischen Juristen. So war vielleicht die zweite Meinung ursprünglich in der zweiten Stelle enthalten. Aber die Compilatoren haben durch eine Interpolation, welche nur etwas ungeschickt ist, den Widerspruch entfernt. Denn zwar enthält die Frage die Abstinenz, aber in der Antwort ist die Voraussetzung der Immixtion des Pupillen hinzugefügt.

Nun können sich aber beide Erbschaften in einer Person vereinigen, entweder in der des Pupillen, wenn dieser Erbe des Vaters geworden ist, oder in der des Substituten, wenn der Vater diesen zu seinem Erben ernannt hat. Hier sind sie dann untrennbar, als Eine zu betrachten. Die Folgen hiervon sind:

1) Ist der Pupill Erbe des Vaters geworden, so kann der Substitut die väterliche nicht mehr von der pupillarischen Erbschaft sondern.

2) Ist der Substitut zum Erben des Vaters ernannt, so würde er, wenn er alleiniger Erbe geworden ist, mit der Ausschlagung das väterliche Testament zum destitutum machen, und damit auch die Pupillarsubstitution vernichten; ist er aber [auch] mit Anderen zum Erben ernannt, so ist es ihm doch nicht gestattet,

---

3) L. 42. pr. D. de adqu. vel omitt. her. (29, 2.)
4) L. 28. D. de reb. auct. iud. (42, 5.)

die väterliche Erbschaft auszuschlagen und die pupillarische anzunehmen, (wie sonst bei Hinterlassung mehrerer Portionen dem Erben eine solche Wahl freisteht). Nur dem Bruder des Pupillen ist die Separation gestattet, [auch im ersten Falle, wenn er alleiniger Erbe geworden ist: praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem].[5]

3) Ist der Substitut einmal Erbe des Vaters geworden, so fällt ihm die pupillarische Erbschaft beim Eintritt des Substitutionsfalls von selbst iure accrescendi zu. Er hat sie schon in jener mit erworben, braucht daher den Substitutionsfall nicht zu erleben.[6]

Untergang der Pupillarsubstitution siehe im Lehrbuch.

Quasipupillarsubstitution.

§. 479.

Einem unmündigen Kinde einen Erben zu ernennen, hat der Vater die Macht schon nach allgemeinem Recht. Bei einem Kinde, welches aus anderen Gründen unfähig ist zu testiren, z. B. einem Taubstummen, kann diese Befugniß durch Concession des Regenten erlangt werden. Die Bedingung ist, daß das Kind nicht die Testirfähigkeit erwirbt, oder ohnedies einen Erben, nämlich einen suus heres erhält.

Bei diesem Erforderniß einer besonderen Concession ist es geblieben in Beziehung auf Taubstumme und prodigi, wenigstens nach der richtigen Ansicht.

Die Möglichkeit dagegen, wahnsinnigen Kindern zu substituiren, ist zu einem Rechtssatz geworden, insofern also wie Pupillarsubstitution behandelt worden. Diese Quasipupillarsubstitution gründet sich auf ein Gesetz Justinians; sie hat aber in der deutschen Praxis eine größere Ansdehnung und eine umfassendere, der Pupillarsubstitution ähnlichere Wirkung erhalten, als sie nach dem geschriebenen Recht haben sollte.

---

5) (L. 12. D. de vulg. et pupill. substit. (28, 6). A. d. H.)

6) L. 59. D. de adquir. vel. omitt. her. (29, 2): Qui patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiamsi vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is, qui heres exstiterit, pupillo quoque heres necessario erit; nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternae hereditati et accrescendi iure acquiri cuicumque patris heredi, existimandum est.

Das justinianische Gesetz sagt: Ascendenten können ihren wahnsinnigen Descendenten, wenn sie ihnen den Pflichttheil hinterlassen, für den Fall des Todes im Wahnsinn substituiren. Die Substitution soll erlöschen beim Erwerb der Testirfähigkeit; nach dem Beispiel aber der Pupillarsubstitution soll sie nicht angefochten werden können. Nur eine Voraussetzung findet statt, wodurch der Substituent mehr beschränkt ist: er muß den Substituten wählen aus den Descendenten des Wahnsinnigen, [wenn solche vorhanden sind] oder [sonst] aus seinen eigenen, [oder den Geschwistern des Wahnsinnigen], wenn solche vorhanden sind.

Die Substitution, deren Justinian hier gedenkt, ist sicherlich nur als fideicommissarische gemeint, erstreckt sich also nur auf das dem Substituten Zugewendete. Das Recht, welches Justinian gestattete, bezog sich auf die Beschwerung des Pflichttheils mit einem solchen Fideicommiß, welche außerdem nicht zulässig ist.[1] Hätte er eine Erbeinsetzung für den Wahnsinnigen gemeint, so hätte er wichtige Fragen nicht unentschieden lassen können, welche seit der Erweiterung des Instituts entstanden sind, und die sich ihm in jenem Falle sofort hätten darstellen müssen.

So sieht noch die Glosse die Sache an.[2] Die neuere Praxis seit dem Mittelalter[3] hat die Analogie der Pupillarsubstitution erweitert; nach dieser ist sie wirkliche Ernennung eines Erben für das wahnsinnige Kind, der Substitut erhält dessen ganze Erbschaft. Sie ist also in einem umfassenderen Sinn Quasipupillarsubstitution, (substitutio exemplaris, Justinianea).[4]

---

1) (Dies schließt der Verf. aus den Worten: „ut occasione huiusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur.“ Das „exemplum pupillaris beweist aber, daß nicht von der Querel des Furiosus, sondern von der Querel seiner Verwandten die Rede ist. A. d. H.)

2) (Dies schließt der Verf. aus dem Zusatz zu den Worten: „liceat quos voluerint, substituere“ in L. 9. C. de impub. et aliis subst. (6, 26). Dieser Zusatz lautet: „scilicet in illa legitima.“ Die Sache wird aber sehr zweifelhaft durch die Glosse zum Worte testamentum in L. 43. D. de vulg. et pupill. subst. (28, 6): „lex humanitatis et ideo dicitur exemplaris.“ A. d. H.)

3) (Die Annahme einer directen Substitution war schon zu Bartolus Zeit gemeine Meinung und nur Fulgosius deutet die von Unterholzner, v. Löhr, v. Vangerow und dem Verf. wieder aufgenommene singuläre Ansicht in den Worten an: „censeo istam (substitutionem) similem militari, ut per substitutionem fiat heres substituentis.“ A. d. H.)

4) (Diese sogenannte Praxis würde wenig Anspruch auf Anerkennung haben, wenn sie wirklich Nichts wäre als mißverstandene Theorie. Die schlechte Fassung darf aber nicht dahin führen, daß man den legislativen Gedanken verkennt, welcher offenbar schon dem Gesetze selbst zu Grunde liegt: „moribus

Die Grundsätze für dieses Institut sind folgende:

1) Die Substitution ist ein Recht aller Ascendenten, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, daher sowohl der väterlichen als mütterlichen. Doch ist es nach dem Inhalt des Gesetzes auf die zu beschränken, welche dem Wahnsinnigen pflichttheilschuldig sind. Aber auch in dieser Beschränkung ist eine Concurrenz zwischen mehreren Personen, und daher eine Collision, (welche in der justinianischen Gestalt des Instituts nicht denkbar war), möglich, z. B. zwischen Vater und Mutter. Hierüber sind die Meinungen sehr getheilt, z. B. nach der einen soll die Mutter nur in subsidium das Recht haben; Andere haben geglaubt, alle Substituten würden in capita berufen, (dann hätte der die Meisten ernennende Substituent das Vorrecht) u. s. f.

Es ist folgendermaaßen zu entscheiden. Jeder Ascendent kann in seine Hinterlassenschaft substituiren, jeder Substitut erhält das von seinem Substituenten herrührende. Die Frage ist nur: welcher Substitut erhält die übrige Erbschaft des Wahnsinnigen? Die Quasipupillarsubstitution der Praxis ist als Ausfluß des elterlichen Rechts und der darin liegenden Fürsorge zu betrachten, (wie die Pupillarsubstitution ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist). Sie steht daher dem Ascendenten zu, dessen elterliches Recht das vorwiegende ist, also vor allem dem Ascendenten, welcher die väterliche Gewalt über den Wahnsinnigen hat, in Ermangelung eines solchen dem Vater als solchem mit Ausschließung der übrigen Ascendenten, in Ermangelung dessen, oder wenn er keinen Gebrauch von seinem Rechte macht, der Mutter gegenüber von anderen Ascendenten.

2) Die Anordnung der Quasipupillarsubstitution geschieht in dem eigenen Testament des Substituenten, dessen Bestandtheil die Substitution ist, (wie bei der Pupillarsubstitution).

3) Das Kind muß wenigstens den Pflichttheil erhalten; nach

---

institutum est, ut cum eius aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes iis faciant. Qua ratione excitati etiam constitutionem posuimus in nostro Codice (L.9.C.cit.) ut— liceat eis, et si puberes sunt, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere — Worte der Institutionen (pr. §. 1. I. de pup. subst. (2, 16), aus welchen die cupida legum iuventus gewiß nicht entnehmen sollte, daß die Pupillar- und Quasipupillarsubstitution eigentlich gar nichts mit einander gemein hätten und letztere nicht hierher, sondern in den Titel de inofficioso testamento gehöre. Vgl. Hüffer, de subst. quasi pup. Vratisl. 1853. p. 14. seq. A. d. H.)

der richtigen Ansicht ist die Substitution schlechterdings davon abhängig, auch wo der Substituent rechtmäßig enterbt, kann er doch nicht substituiren.

4) Die Wahl der Substituten ist beschränkt. Wenn Descendenten des Wahnsinnigen oder des Substituenten vorhanden sind, so darf dieser keinen extraneus zum Substituten ernennen. Unter den Descendenten des Substituenten selbst, welche nicht zugleich Descendenten des Wahnsinnigen sind, hat der Substituent die Wahl. Aber die Kinder des Wahnsinnigen selbst müssen alle bedacht werden, wenigstens zu ihrem Pflichttheil. In dieser Beziehung ist die durch das Gesetz gestattete Wahl auf die neue Gestalt des Instituts unanwendbar.

5) Die Substitution erlischt, wenn das Kind testamentifactio erhält, also der Wahnsinn aufhört, vorausgesetzt, daß während dieser Zeit seiner Gesundheit nicht ein anderes Hinderniß des Testirens bestand, z. B. Unmündigkeit, väterliche Gewalt. Rückfall in den Wahnsinn stellt die Substitution nicht wieder her. Endlich erlischt sie, wenn eine Person entsteht, welche hätte bedacht werden müssen, und nicht voraussichtlich bedacht ist.

Enterbung.

§. 480.

Siehe das Lehrbuch.

Von gemeinschaftlichen Testamenten.

§. 481.

Gemeinschaftliches Testament ist ein Testament, worin mehrere Testatoren über ihre Erbschaften, also uno actu testiren. Seinem Inhalte nach sind es zwei Testamente über zwei Erbschaften, nur der Form nach bloß Eines. Ein solches Testament heißt ein wechselseitiges, (testamentum reciprocum, mutuum), wenn jeder Testator den anderen zu seinem Erben einsetzt, im Fall er früher als der Andere versterben würde; correspectivum, wenn die Gültigkeit der einen Disposition von der der anderen abhängig gemacht ist.

Einem solchen Testamente steht nicht das Verbot captatorischer Dispositionen entgegen, denn eine solche enthält auch das wechselseitige Testament nicht. Wohl aber der Mangel der unitas

actus; jedes dieser Testamente wird durch das andere unterbrochen. Die innere Doppelheit des Testaments verträgt sich nicht mit der Einheit der Handlung; diese wäre nur salvirt, wenn eine juristische Vereinigung der beiden Vermögen zum Behuf der Testamentserrichtung vorherginge, also eine Einheit der vermögensrechtlichen Personen der Testatoren möglich wäre: dies ist nicht der Fall, Privatwille kann keine unitas personae hervorbringen.

Ein gemeinschaftliches Testament kann daher nur gültig sein, wenn es durch eine (singuläre) Rechtsvorschrift gegen jene Regel genehmigt wird. In einer Theodosischen Novelle wird ein solches Testament bestätigt, im justinianischen Recht dagegen, wo jenes Gesetz nicht recipirt ist, nicht erwähnt; nur nach einer Stelle wird für Soldaten eine Ausnahme gemacht, (siehe Note b des Lehrbuchs). Darin liegt sogar eine stillschweigende Mißbilligung bei anderen Personen.

Dagegen hat die Praxis unzweifelhaft das gemeinschaftliche Testament zugelassen, aber nur insofern es ein wechselseitiges ist. Hat das Testament diesen Charakter, so kann es auch jeden sonstigen Inhalt haben, z. B. Substitutionen, Vermächtnisse. Am häufigsten kommen die gemeinschaftlichen Testamente vor bei Ehegatten, aber sie sind nicht auf diesen Fall beschränkt. Wohl davon zu unterscheiden ist der gegenseitige Erbvertrag. — Andere gemeinschaftliche Testamente sind nach wie vor ungültig, z. B. solche, welche nur um die Kosten zu mindern errichtet würden.

Die Hauptfragen bei den gemeinschaftlichen Testamenten sind:

1) Ist einseitige Willensänderung möglich, namentlich auch hinsichtlich der Substitutionen und Vermächtnisse?

2) Inwiefern ist die Gültigkeit des einen Testaments durch die des anderen bedingt? Darüber giebt es verschiedene Meinungen. Bei Erbverträgen ist die Sache nicht zweifelhaft, Beides ist oft vermengt worden. Vornehmlich Hasse[1] hat das Verdienst, diese Fragen in's Klare gebracht zu haben.

Da das wechselseitige Testament aus zwei Testamenten in einem Act besteht, so kann jeder Testator seinen letzten Willen, sowohl Erbeinsetzung als Vermächtniß, beliebig widerrufen, wie sonst. Darin kann er sich nicht einmal binden nach testamentari-

1) Rhein. Museum Bd. III. (1829) S. 239—278. 490—558.

schem Erbrecht, sonst wäre es kein Testament. So wie es dies ist und kein Erbvertrag, muß es widerruflich sein.

Die Absicht kann aber allerdings die sein, daß jeder der vereinigten letzten Willen nur gelten soll, insofern der andere nicht widerrufen wird, d. i. daß das Testament ein correspectives sein soll. Dies ist bei wechselseitigen Testamenten zu vermuthen. Bei correspectiven Testamenten ist kein Testator gebunden, aber mit seinen hebt er auch die Verfügungen des Anderen auf. Auch wenn er schon geerbt hätte, durch den Antritt wird er nur verpflichtet zur Erfüllung der Disposition seines Testators, nicht zum Stehenlassen der seinigen, denn diese Verpflichtung ist beim Testament unmöglich, (durch den Widerruf wird er also zur Herausgabe des Vermögens des Anderen an dessen Intestaterben verpflichtet).

Nur dann schadet die Aufhebung des einen Testaments der Gültigkeit des anderen nicht, wenn der Grund lediglich in den darin Honorirten liegt, in deren Unfähigkeit oder Wegfallen.

Eröffnung und Execution der Testamente.

§. 482.

Zu Note b. des Lehrbuchs:

Beseler (in der dort citirten Abhandlung) hat den Charakter der Testamentsexecutoren als Mandatarien nach gemeinem Recht bestritten, allein mit Unrecht. Zu ihrem Amte gehört: Inventarisation des Vermögens, Vertheilung der Erbschaft, Auslieferung des Vermögens; sie haben kein Administrationsrecht, also keine Veräußerungsbefugniß. Daher ist ihr Amt noch beschränkter, als das der gewöhnlichen Mandatarien.

Ungültigkeit der Testamente.

§. 483.

Siehe das Lehrbuch.

Zu Note b desselben:

Die Möglichkeit der Anerkennung mit der Wirkung der Gültigkeit des Testaments fällt weg bei der Nichtigkeit. Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Der in einem solchen Testament Eingesetzte erhält z. B. nur die Rechte, welche durch Vertrag gegeben werden können. Anders bei der Anfecht-

barkeit. Hier ist das Testament iure gültig, aber es hat jemand das Recht, es als nicht vorhanden zu behandeln, seine Rescission zu fordern. Dieses Recht kann untergehen; dadurch wird die Gültigkeit des Testaments eine bleibende. So durch Verzicht.

Zu Note c des Lehrbuchs:

Perfect ist ein solennes schriftliches Testament erst, wenn alle Zeugen unterschrieben und untersiegelt haben. Bis dahin muß der Testator gelebt haben. Beim gerichtlichen Testament braucht er nur so lange gelebt zu haben, bis er seinen Willen vollständig vor Gericht erklärt hat.

§. 484.

Es ist eine dreifache Art des Widerrufs eines Testaments möglich:

1) Durch eine Handlung, wodurch das Testament oder die Erbeinsetzung äußerlich vertilgt wird. Eine solche ist Zerstören, Zerreißen ꝛc. der Urkunde, Ausstreichen der Erbeinsetzung. Sie muß aber in jener Absicht vorgenommen worden sein; diese wird vermuthet, ausgenommen wenn bei mehreren Exemplaren nicht alle vernichtet sind. Zerstörung des Testaments vom Testator in bewußtlosem Zustande oder durch einen Anderen ist kein Widerruf, also keine Aufhebung, wenn nur das Testament schon perfect war. Bei theilweiser Vertilgung ist auch nur eine theilweise Aufhebung anzunehmen. Die Vertilgung der Erbeinsetzung macht das Testament zum Codicill.

2) Durch wörtliche Erklärung. Bei Vermächtnissen ist ein wörtlicher Widerruf möglich und vollkommen wirksam, (siehe unten), nicht bei Erbeinsetzungen, auch nicht wenn er im Testament selbst erklärt worden wäre, (vgl. §. 480 Note c). Eine Ausnahme hiervon wird nur bei Soldatentestamenten gemacht, Note f des Lehrbuchs a. E.: Sicuti hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. Also das Testament wird auch nicht durch wörtlichen Widerruf aufgehoben, wenngleich derselbe mit den Testamentssolennitäten geschähe, denn diese sind für die Errichtung, nicht für die Aufhebung des Testaments bestimmt. Daher ist z. B. der Widerruf apud acta für sich unwirksam.

Justinian hat dem Widerruf apud acta, oder vor drei Zeugen die Wirkung der Aufhebung gegeben, wenn überdies der

Testator nicht innerhalb 10 Jahren nach der Errichtung des Testaments gestorben ist. Veranlaßt wurde diese Bestimmung durch ein früheres Gesetz von Honorius, nach welchem der Ablauf dieser Zeit allein dieselbe Wirkung haben sollte. Dies hat Justinian aufgehoben. Man hat jenes Gesetz zuweilen so verstanden, als müßten die 10 Jahre zur Zeit des Widerrufs schon abgelaufen sein. Dies ist unrichtig, über das Zeitverhältniß der beiden Erfordernisse hat das Gesetz nichts festgesetzt.

3) Durch ein neues Testament, dessen gültige Errichtung vorausgesetzt. Die bloße Anfechtbarkeit des neuen Testaments oder dessen sonstige nachherige Wideraufhebung hindert diese Wirkung nicht. Ausnahmen siehe in Note g des Lehrbuchs. In einem Falle tritt sogar die Aufhebung des Testamentes durch ein Codicill ein, siehe Note i des Lehrbuchs. Gewöhnlich spricht man hier von einem „testamentum posterius imperfectum," und Manche sehen es als privilegirtes Testament an.[1] Aber es ist nur als Intestatcodicill zu betrachten [und die Singularität besteht nur darin, daß es die Kraft hat, ein früheres Testament aufzuheben]. Dagegen ist es auch nicht auf jenen Fall der Nichtvollendung zu beschränken, welcher nur zufällig im geschriebenen Recht hervorgehoben wird.

Der Widerruf eines Testamentes liegt schon darin, daß der Testator ein neues Testament machen will, eine ausdrückliche Erklärung darüber ist nicht nöthig. Als Regel gilt: daß keine zwei Testamente neben einander bestehen können; Modificationen dieser Regel siehe in Note h des Lehrbuchs. [Die Streitfrage: ob die bonorum possessio secundum tabulas auch aus zwei Testamenten gegeben werde, die wegen Unerweislichkeit des Alters gleichzeitig sind? ist bejahend zu beantworten, sie wird gegeben wenn das Datum der beiden Testamente gleichzeitig oder ungewiß ist]. Vgl. im Uebrigen das Lehrbuch.

Notherbfolge.

§. 485.

Der Inhalt des Testamentes, die Disposition über die Erbschaft, ist nicht durchaus der Willkühr des Testators überlassen.

1) J. B. Mühlenbruch, Fortsetz. von Glück's Comm. Bd. XXXVIII. S. 365—402.

Es giebt Personen, welche er berücksichtigen muß, die er von seiner Erbschaft nicht beliebig ausschließen kann. Die Folge einer Verletzung dieser Vorschrift kann eine Erbfolge gegen sein Testament sein, Notherbfolge, Erben gegen den Willen des Erblassers. Wir können also drei Arten der Erbfolge unterscheiden: ohne, mit, und gegen den Willen des Erblassers.

Im alten Civilrecht hatte diese Notherbfolge keine besondere Rechtsform. Sie wird durch Aufhebung des Testamentes (ipso iure oder Rescission) herbeigeführt, ist also die Intestaterbfolge, Erbfolge ohne Testament. Anders nach prätorischem Recht; hier trat eine wirkliche Erbfolge gegen das Testament, unterschieden von der Intestaterbfolge ein. Es wurde nicht eigentlich das Testament aufgehoben, sondern nur die Erben desselben verdrängt, bonorum possessio contra tabulas. Hier sind also allerdings drei Arten der Erbfolge unterschieden. Eine ähnliche Bewandtniß hat es auch mit dem neuesten Civilerbrecht.

Wir nennen die Personen, denen eine Erbfolge gegen das Testament angeboten wird, Notherben. Das römische Recht hat dafür keinen Namen, nur Umschreibungen (mit Ausnahme der bonorum possessio contra tabulas). Man hüte sich übrigens vor dem ganz unpassenden Ausdruck Contratabulist. Der Ausdruck heredes necessarii im Sinne von Notherben ist nicht römisch, hat vielmehr eine ganz andere Bedeutung: die gegen ihren Willen Erben werden.

Die den Testatoren vorgeschriebene Berücksichtigung ist doppelter Art:

1) Gedenken bei der Erbeinsetzung, sei es durch Einsetzung oder gehörige Enterbung. Der Gegensatz davon ist Präterition.

2) Bedenken im Testament, Zuwendung eines Theils des Vermögens, und zwar des gebührenden, Pflichttheils, durch Einsetzung oder Vermächtniß. Der Gegensatz ist Enterbung, überhaupt Ausschließung vom Pflichttheil.

Es giebt zwei Classen von Notherben:

1) solche, hinsichtlich deren Beides vorgeschrieben ist, Nichtzupraeterirende und Pflichttheilsberechtigte, hinsichtlich deren also die formelle und die materielle Pflicht besteht;

2) solche, hinsichtlich deren nur das Zweite vorgeschrieben ist, bloße Pflichttheilsberechtigte.

Mehrere Juristen wollen nur die ersten Notherben nennen. Dies ist ein willkührlicher Sprachgebrauch, aus einer falschen Auffassung des Ausdrucks entstanden: man verstand nämlich unter Notherben Personen, welche nothwendig zu Erben ernannt werden müssen. Dies gilt allerdings nicht von der zweiten Classe, aber auch nicht von der ersten, da sie ja enterbt werden können.

Notherben heißen aber vielmehr Personen, welche gegen den Willen des Testators Erben werden können. Dies ist bei beiden Classen der Fall, auch bei Verletzung der materiellen Vorschrift findet eine Notherbfolge statt. Die beiden Classen sind so zu bezeichnen: Es giebt 1) Notherben wegen Präterition, 2) Notherben wegen Ausschließung vom Pflichttheil. Manche Personen gehören zu beiden, manche nur zu der letzteren Classe.

Es ist ein bedeutender Unterschied zwischen dem justinianischen Recht seit der Novelle 115, und vor derselben. Dieses Gesetz enthält eine Reform der Notherbfolge, nicht unbedeutender als die Novelle 118 hinsichtlich der Intestaterbfolge. Aber es ist zum Theil sehr bestritten, wie weit die von dem Gesetze beabsichtigte Aenderung geht. Deshalb muß das justinianische Recht vor der Novelle 115 besonders dargestellt werden, §. 486—491. Viele von diesen Grundsätzen finden auch noch nach der Novelle sicher Anwendung, ohnehin enthält die Novelle keine ins Einzelne ausgebildete Theorie; bei manchen ist es controvers. Eine gründliche Lösung jener Controversen macht jene Darstellungsweise nöthig.

Die richtige Einsicht in die Notherbfolge des älteren Rechts beruht auf der genauen Unterscheidung jener Vorschriften, der Notherbfolge wegen Präterition, §. 486, 487, der Notherbfolge wegen Ausschließung vom Pflichttheil, §. 488 ff. Aber auch nach der Novelle ist diese Unterscheidung noch von großer Bedeutung.

Man hat nicht selten einige Fälle herbeigezogen, welche nicht hierher gehören: das Recht der dürftigen Wittwe und des impubes arrogatus, siehe das Lehrbuch a. E. Das Recht dieser Personen hat mit dem Notherbrecht das gemein, daß es ihnen nicht durch ein Testament entzogen werden darf, durch dieses nicht gehindert wird. Aber es steht durchaus nicht unter den Principien des Notherbrechts.

Justinianisches Recht vor der Novelle 115.

Notherbfolge wegen Präterition.

Nach Civilrecht.

§. 486.

Nach Civilrecht dürfen sui nicht präterirt werden, d. h. die in der väterlichen Gewalt des Testators stehenden und durch seinen Tod befreiten. Dahin gehören liberi und posthumi, d. h. die erst nach dem Testament durch irgend ein Ereigniß in das Verhältniß der sui treten, mögen sie agnasciren durch Geburt, oder Adoption, oder Wegfall eines Vorgängers. Nach vorjustinianischem Recht war ein wichtiger Unterschied zwischen diesen Personen, jenachdem sie Söhne, sonstige liberi, posthumi, waren; diesen hat Justinian schon im Codex aufgehoben.

Die Notherbfolge dieser sui im Fall der Präterition ist die einfachste. Das Testament, worin sie präeterirt sind, ist nichtig (gleich von Anfang oder wird rumpirt). Es tritt daher die Intestaterbfolge ein. Nach vorjustinianischem Recht hatte die Präterition nicht immer diese einfache Wirkung, in manchen Fällen war nur eine Accrescenz der Präterirten die Folge derselben, diesen Unterschied hat Justinian aufgehoben. Diese Folge der Präterition hängt zusammen mit der Ansicht von den sui, als bedürften sie gar keiner Berufung, um Erben zu werden, sie werden es nothwendig, wenn sie nur nicht ausgeschlossen worden sind. — Die Folge davon ist, daß das Testament, so lange noch die Agnation eines präterirten posthumus möglich ist, eine ungewisse Existenz hat. Daher wird daraus die Erbfolge nicht deferirt, bis sich die Sache entschieden hat. Siehe Note d des Lehrbuchs.

Diese Notherbfolge wird vermieden nicht bloß durch Einsetzung, sondern auch durch gehörige Enterbung. Die Erfordernisse beider sind:

1) Die Einsetzung muß vor Allem die allgemeinen Erfordernisse haben. Sie darf aber noch besonders nicht unter einer Bedingung geschehen, welche nicht rein potestativ und erlaubt ist. Manche Juristen glauben, eine andere Bedingung sei für nicht

beigefügt zu erachten nach neuerem Recht. Aber das Gesetz, auf welches sie sich berufen, spricht nur vom Pflichttheil, welcher ganz rein zu hinterlassen ist.[1] Vielmehr ist die Einsetzung unter irgend einer anderen Bedingung ungültig, weil sie eine ungehörige, weil die Form verfehlt ist. Dies gilt daher auch von einer unmöglichen. Nur dann ist die Einsetzung unter einer casuellen Bedingung möglich, wenn der Eingesetzte für den entgegengesetzten Fall gehörig enterbt ist. Denn dann ist er nicht präterirt, weil er jedenfalls wenigstens enterbt ist.

Auch Posthumi können eingesetzt werden, um die Nichtigkeit des Testaments für den Fall der Agnation zu verhüten. Am frühesten ist dies gestattet worden bei den nach dem Tod des Testators agnascirenden, (wo dieser nicht mehr durch ein neues Testament helfen kann), nachher auch für die Posthumi, welche bei seinem Leben nach dem Testament agnasciren. Man war allmählich dahin gekommen, jeden Posthumus Suus einsetzen zu lassen, und zwar auch größtentheils mit der Folge der Beseitigung der Ruption. Ja dies selbst, wenn die Person nicht mit dem Ge- Gedanken an die Möglichkeit, daß sie Suus werden könne, eingesetzt wurde.[2] Das Nähere ist von keinem unmittelbar praktischen Interesse mehr. Nach neuestem Recht kann sich der Testator des ganz allgemeinen Ausdrucks bedienen: meine etwa künftig entstehenden Notherben. Braucht er speciellere Bezeichnungen, und diese passen nicht auf den nachher Entstehenden, so ist dieser präterirt.

2) Die Enterbung muß namentlich, d. h. mit bestimmter Bezeichnung der Person geschehen. Doch hindert dies nicht schlechthin eine generelle Bezeichnung, z. B. meine Kinder; nur muß kein Zweifel darüber bleiben, daß der Testator dieser Person wirklich gedacht hat. Sonst ist gegen die Exheredation zu entscheiden. Die exheredatio inter ceteros, welche nach altem Recht bei ge-

---

1) Vgl. L. 32. C. de inoff. test. (3, 28): Quoniam — statuimus ut, si quid minus legitima portione his derelictum esset, qui — de inofficioso testamento actionem movere poterant hoc repleatur, — hoc in praesenti addendum esse censemus ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur: ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

2) Vgl. Note g des Lehrbuchs.

wissen Sui gestattet war, hat Justinian aufgehoben, es müssen Alle nominatim enterbt werden.

Die Exheredation muß unbedingt geschehen, nur mit Ausnahme des Falls einer bedingten Einsetzung; siehe vorhin. Sie muß bestehen in einer Ausschließung von der ganzen Erbschaft, nicht von einzelnen Sachen, oder von einem Theil der Erbeinsetzung, außerdem ist sie bedeutungslos. Die Exheredation wird durch Interpretation nicht begünstigt, sondern streng so verstanden, wie sie geschrieben steht. [Hier kommt vor Allem in Frage, wie es gehalten werden soll, wenn der Erblasser mehrere Grade gemacht, instituirt und substituirt hat, und hier wird so entschieden]: Wird sie vor der Erbeinsetzung gemacht, so ist sie von allen Graden zu verstehen. Ebenso nach L. 1. C. de lib. praet.[3] wenn sie nach der Erbeinsetzung und Substitution folgt, sofern Institutus und Substitutus dieselben Personen sind. Sonst nur von dem Grade, bei dem sie steht, dieser ist dann gültig, die anderen, bei welchen sie nicht steht, ungültig [wegen Präterition des Notherben].

Ungültig wird die Exheredation auch durch einen Irrthum, auf dem sie beruht, z. B. wenn der Testator eine Person enterbt, weil sie nicht sein Sohn sei; hier ist diese nicht qua filius exheredirt, also die Exheredation nullius momenti, [denn entweder ist es nicht sein Sohn, und alsdann braucht er ihn nicht erst zu enterben und ihn von der Erbschaft auszuschließen, oder es ist sein Sohn, und dann hat er ihn nicht enterbt].

Auch Posthumi können exheredirt werden. Ueberall ist dies möglich, wenn sie als Posthumi exheredirt sind, so z. B. auch bei einer Person, welche zur Zeit des Testaments schon existirte, nur nicht als Suus. Ist die Person schon im Kindesverhältniß zum Testator, so ist diese Absicht des Testators zu vermuthen. Nicht so wenn sie extranea ist, z. B. der Testator hat einen Fremden

---

3) L. 1. C. de lib. praet. (6, 28): Cum post omnes heredum gradus exheredatio scribatur, si adiiciat testator, ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur iuri satisfactum. Et ideo, etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, eum cum eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filiam exheredaverit, intelligendus est exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam cum iidem heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

exheredirt und nachher arrogirt. Hier ist die Exheredation bedeutungslos.[4]

Nach prätorischem Recht.

§. 487.

Der Prätor hat noch andere Personen zu Notherben wegen Präterition gemacht, alle ab intestato in der ersten Klasse seiner Intestaterbfolge, bonorum possessio unde liberi, Berufenen. Auch hier ist noch die väterliche Gewalt das Princip, nur soll eine aufgehobene nicht schaden. Daher nicht die Kinder einer Erblasserin, weil sie nicht sui waren. Auch hier war ein Unterschied zwischen Söhnen und anderen Kindern, welchen Justinian aufgehoben hat.

Die Voraussetzung einer solchen prätorischen Notherbfolge ist Präterition im Testament, d. h. Nichteinsetzung und Nichtenterbung, wovon die Grundsätze des vorigen Paragraphen gelten, nur mit einigen Abweichungen, siehe Note d des Lehrbuchs. Ferner genügt die Errichtung eines solchen Testaments, und dessen Existenz zur Zeit des Todes des Erblassers. Es ist kein Hinderniß, wenn niemand daraus Erbe geworden ist. Verloren wird die bonorum possessio contra tabulas durch Anerkennung des Testaments, namentlich Annahme eines Vermächtnisses, der Präterirte kann nur eines von Beiden erhalten.

Die Wirkung der Präterition ist bonorum possessio contra tabulas, nicht Aufhebung des Testaments, daher nicht Intestaterbfolge, sondern eine eigenthümliche Erbfolge der dazu Berufenen. Die Ordnung unter ihnen bestimmt sich allerdings nach der Intestaterbfolge. Die übrigen Intestaterben sind durch das Testament ausgeschlossen. Aber die eingesetzten Notherben erhalten auch die bonorum possessio contra tabulas, und erben mit den Präterirten. So also kann sie wegen Präterition Anderer zustehen. Ein präterirter suus, auch wenn er die bonorum possessio agnoscirt, erbt doch als Intestaterbe, und wie wenn das Testament beseitigt wäre, die Agnition soll ihm keinen Nachtheil bringen.

---

4) Vgl. L. 28. §. 1. D. de lib. et posth. (28, 2.), L. 8. §. 7. 8. D. de bonorum possessione contra tab. (37, 4).

Die Nichtaufhebung des Testaments hindert nicht die Verdrängung der darin Honorirten, so weit ihr Recht mit dem der Notherben nicht verträglich ist. Manche Dispositionen aber werden aufrecht erhalten, siehe das Lehrbuch.

Noch eine bonorum possessio contra tabulas hat der Prätor für den parens manumissor gegeben, mit der Abweichung, daß dieser Anspruch auf einen Gegenstand, auf $\frac{1}{3}$ der Erbschaft hat. Voraussetzung dieser bonorum possessio ist nicht Präterition, sondern daß ihm jenes Drittel nicht (auf irgend eine Art) hinterlassen worden ist, ferner Nichtexistenz von Descendenten, die ihm vorgehen.

Notherbfolge wegen Ausschließung vom Pflichttheil.

Pflichttheilsberechtigte.

§. 488.

Das Testament ist nicht bloß der Notherbfolge wegen Präterition ausgesetzt; wenn diese vom Testator vermieden ist, kann ihm noch eine wegen Pflichttheil drohen. Es giebt Personen, welche der Testator bedenken muß, Pflichttheilsberechtigte; dahin gehören die nicht zu präterirenden, aber auch noch andere, welche er präteriren darf, ohne sein Testament dadurch schon zu gefährden.

Diese Personen lassen sich im Allgemeinen so bezeichnen: Nahe Verwandte des Testators, denen nichts, oder zu wenig hinterlassen ist, sei es durch Exheredation oder Einsetzung auf zu wenig bei nicht zu praeterirenden Personen, oder durch Präterition bei anderen, können das Testament, (welches also hier weder null, noch der bonorum possessio contra tabulas ausgesetzt ist) als inofficiosum anfechten, querela inofficiosi testamenti. Dadurch entsteht eine Notherbfolge, eine civilrechtliche, aber auch hier keine besondere, sondern Intestaterbfolge, nur nicht in Folge der Nullität, sondern in Folge der Rescission des Testaments durch die Querel. Drei Punkte kommen hier zur Sprache: 1) welche Personen sind pflichttheilsberechtigt, theils überhaupt, theils in einem gewisse Falle; 2) wie kann der Testator diese Notherbfolge verhüten; 3) welche Folge hat Ausschließung jener Personen?

Von dem ersten Punkte soll hier die Rede sein.

Nach älterem Recht waren die Berechtigten nicht gesetzlich

bestimmt. Doch hatte sich noch in der dritten Periode eine ziemlich sichere Praxis gebildet, welche endlich [durch Constantin] eine gesetzliche Festsetzung erfahren hat. Nach dem neuesten Recht sind pflichttheilsberechtigt:

1) Alle Descendenten und Ascendenten, die als solche intestaterbberechtigt wären. Daher die nicht vollkommen Adoptirten gegen den leiblichen Vater, [während der Dauer des Adoptivverhältnisses], (siehe oben). Man hat dagegen eine Stelle[1] angeführt, wo dem Vater ein Pflichttheilsrecht zuerkannt werde. Entweder hat der Sohn das Testament während der Adoption gemacht, dann hat er über die bona castrensia testirt, und dies Testament ist der Querel nicht unterworfen, oder nach Aufhebung der patria potestas, wodurch er wieder in das Kindesverhältniß zum leiblichen Vater zurückgefallen ist. Von dem letzten Fall ist die Stelle zu verstehen, und hier beweist sie also nicht, was sie beweisen sollte, daß während der Adoption ein Notherbrecht zwischen Sohn und leiblichem Vater bestehe.

Ausgenommen von jenen Pflichttheilsberechtigten sind aber:

a) die unvollkommen Adoptirten, obwohl sie intestaterbberechtigt sind,

b) der impubes arrogatus; dieser hat ein anderes Rechtsmittel.

2) Intestaterbberechtigte Geschwister mit Ausnahme der uterini, und alle nur in casu turpis personae praelatae; nur gegen turpes personae haben sie die Querel. Streitig ist, ob gegen unehelich Geborene. Diese Frage ist zu entscheiden nach dem Recht der Ehrenminderung, also darnach, ob nach dem Recht des Landes diese Personen noch einer Ehrenminderung unterliegen. Uebrigens ist die geringste Ehrenminderung hinreichend.

Manche Juristen haben geglaubt, diese Beschränkung gelte nur bei den halbbürtigen consanguinei. Dies ist nicht richtig, consanguinei begreift in der Sprache der römischen Gesetze alle Geschwister vom Vater her, halb- und vollbürtige.

Die uterini gehören so wenig wie die Geschwisterkinder zu den Notherben, obgleich sie bei der Intestaterbfolge nach Novelle 118 gleich stehen. Von dem gleichen Intestaterbrecht darf man

---

1) L. 30. pr. D. de inoff. test. (5, 2.) (Marcianus): Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

keinen Schluß auf das Notherbrecht ziehen; z. B. bei den minus plene adoptati.

Manche haben geglaubt, wenigstens die uterini von dem Notherbrecht auszuschließen, sei nach dem neuesten Recht kein Grund mehr. Ein Bedenken könnte allerdings entstehen, wenn gar kein Grund dieses Vorzugs sich mehr denken ließe. Aber so steht die Sache nicht. Das Notherbrecht ist das höhere gegen das Intestaterbrecht. Nach älterem Recht waren die uterini im Notherbrecht wie im Intestaterbrecht gegen die consanguinei zurückgesetzt. Nach neuestem Rechte sind sie zur gleichen Stelle im Intestaterbrecht erhoben. Dies ist denkbar, ohne daß ihnen auch das Plus des Notherbrechts eingeräumt wurde, (anders wenn der Fall der umgekehrte wäre, wenn das Plus gegeben wäre, dürfte ihnen das Minus nicht abgesprochen werden).

Es ist gar nicht unnatürlich, daß dem Gesetzgeber die Geschwister vom Vater her, die also denselben Namen führen, doch noch immer als mehr berechtigt erschienen, und daß er deshalb die Ausschließung der uterini vom Notherbrecht beibehielt.

Marezoll[2] meint, die Geschwister seien gar nicht pflichttheilsberechtigt. Ihre Querel bestehe darin, daß sie den turpes personae als indignis die Erbschaft entziehen, und daher könne sie nicht durch die Hinterlassung des Pflichttheils abgewendet werden. Diese Meinung gründet sich vornehmlich darauf, daß kein Pflichttheil der Geschwister erwähnt werde. Dies wäre bei ihrer selteneren Berechtigung gar nichts auffallendes; zum Ueberfluß ist es sogar falsch, [vgl. Nov. 1. pr. §. 2]. Auch abgesehen davon ist die Meinung von allen Seiten unhaltbar. Sie giebt den Geschwistern die querela inofficiosi testamenti; nun müßte erst nachgewiesen werden, daß es zwei ganz verschiedene Klagen dieses Namens gäbe. Auch wäre es widersinnig, diese entfernten Notherben so sehr viel mehr zu begünstigen, als die nächsten. Wenn der Testator sein Kind auf den Pflichttheil beschränkt, und alles andere einer turpis persona hinterläßt, so kann jenes nichts machen, ein Bruder aber könnte in gleichem Fall die ganze Erbschaft ansprechen. Das ist reine Verkehrtheit, und nur als ein Exempel zu erwähnen, wohin die Sucht, etwas Neues aus den

2) Zeitschrift für Civilr. und Civilpr. Bd. I. (1828) Nr. 7.

Gesetzen herauszulesen, verbunden mit einer Abstraction von vernünftiger Betrachtung der Sache führen kann.

Eine allgemeine Bedingung der Pflichttheilsberechtigung ist natürlich noch die Erbfähigkeit überhaupt und passive Testamentifactio insbesondere.

Wer ist von diesen Personen in einem bestimmten Falle pflichttheilsberechtigt? Ordnung der Pflichttheilsberechtigung. Welche, ist im geschriebenen Recht nicht ausdrücklich gesagt. Das natürliche Princip ist die Ordnung der Intestaterbfolge. Im Grunde liegt dies auch schon darin, daß die Größe des Pflichttheils nach der Intestaterbportion bemessen werden soll. Die Intestaterbfolge entscheidet nicht, wer Pflichttheilsberechtigter ist, aber wohl, in welcher Ordnung die Pflichttheilsberechtigten stehen. Ordnung unter den Pflichttheilsberechtigten. Man hat behauptet, so z. B. Francke, Mühlenbruch, wer der nächste Pflichttheilsberechtigte sein wolle, müsse nicht bloß unter den Pflichttheilsberechtigten der nächste Intestaterbe sein, sondern überhaupt. Dies ist falsch, die Pflichttheilsberechtigten bilden ihren besonderen Kreis, auch in die Ordnungsfrage dürfen die anderen Intestaterben nicht hereingezogen werden. Wenn Jemand einen vollbürtigen Geschwistersohn hinterläßt, so ist der Halbbruder doch Notherbe in casu turpis personae praelatae, obgleich er bei der Intestaterbfolge jenem weicht. Daher entscheidet unser Recht, daß wenn in Folge der Ausschließung eines Pflichttheilsberechtigten das Testament rescindirt wird und die Intestaterbfolge eintritt, jener hier vielleicht durchfallen kann, siehe unten.

Die Ordnung stellt sich hiernach dem neuesten Intestaterbrecht gemäß so:

1) Wenn successionsberechtigte Descendenten da sind, denen entweder Pflichttheil hinterlassen ist, oder die die Querel haben und gebrauchen, so sind die übrigen nicht Notherben. Von den Descendenten nur die Intestaterbberechtigten, also nicht die, zwischen denen und dem Erblasser ein Erbberechtigter in der Mitte steht.

2) Wenn keine solche Descendenten vorhanden sind, so sind die Ascendenten pflichttheilsberechtigt, unter einander nach der Nähe des Grades. Diese schließen die Geschwister aus, auch die

vollbürtigen, nach der richtigen Ansicht.[3] Neuere Juristen wollen hier die Gleichheit des Intestaterbrechts entscheiden lassen. Dieses entscheidet aber nur zwischen an sich Gleichberechtigten. Die Ascendenten aber haben ein höheres Pflichttheilsrecht, als die Geschwister, welche nur relativ Notherben sind.

3) Erst wenn auch keine Ascendenten da sind, welche den Pflichttheil erhalten haben, oder zur Querel berechtigt sind, und überdies eine turpis persona eingesetzt ist, sind die Geschwister pflichttheilsberechtigt. Unter ihnen tritt wieder die obige Ordnung ein; also zuerst die vollbürtigen, dann erst die bloßen consanguinei.

4) Wenn ein Notherbe durch diese Ordnung ausgeschlossen ist, so ist er es nicht nothwendig für immer. Auch die Notherbfolge kann wiederholt deferirt werden, es giebt eine successio in querelam. Ausgeschlossen sind die Nachfolgenden definitiv, wenn die Vorgehenden den Pflichttheil erhalten, oder die Querel mit Erfolg gebraucht haben. Die Vorgehenden können aber wegfallen a) durch Verzicht auf die Querel; b) durch Abweisung mit der Querel, z. B. wegen rechtmäßiger Enterbung. Dann treten die zunächst Folgenden in ihre Stelle.

Hinterlassung des Pflichttheils.

§. 489.

Diese Notherbfolge kann der Testator dadurch abwenden, daß er an die zunächst Berechtigten den Pflichttheil hinterläßt.

1) Art der Hinterlassung des Pflichttheils.

Alles was mortis causa hinterlassen ist, Erbeinsetzung, Vermächtniß, mortis causa donatio, wird in den Pflichttheil eingerechnet, es ist sogar nicht nothwendig, daß es ausdrücklich als Pflichttheil hinterlassen ist. Aber doch nur das unmittelbar ex substantia Hinterlassene, nicht das iure accrescendi, oder durch Substitution Erhaltene wird eingerechnet, denn dies erhält der Bedachte nicht schlechthin vom Testator, sondern durch das Wegfallen eines Anderen. — Ueber die Vorzüge des Pflichttheils als Vermächtniß siehe Note b des Lehrbuchs.

Der Pflichttheil darf auf keine Weise beschwert werden, durch Bedingung, dies, modus etc., kein Verzug, keine Min-

3) Vgl. Note g des Lehrbuchs.

derung darf bei ihm stattfinden. Die Wirkung eines solchen Onus war nach älterem Recht Ungültigkeit des Hinterlassenen, also querela, nach neuerem wird das Onus gestrichen. Ist mehr hinterlassen, so bleibt das Onus auf dem Ueberschuß, z. B. der Erbe soll dem Pflichttheilsberechtigten die Erbschaft bei seinem Tode restituiren. Hier fordert dieser den Pflichttheil gleich, das Uebrige nach dem Tode des Erben.

Ein besonderer Fall ist Einsetzung mehrerer Kinder und gegenseitige fideicommissarische Substitution des Ueberlebenden. Für diesen Fall entscheidet eine Stelle von Alexander:[1] die Querel fällt weg, das Onus ist also gültig, es habe wegen der Gegenseitigkeit bei keinem die Natur eines Onus. Dies muß auch nach neuerem Recht gelten, wo nur die Folge, welche außerdem einträte, eine andere wäre. Viele glauben, dies Gesetz sei durch die L. 32. C. de inoff. test. (3, 28) (§. 486 Note b des Lehrbuchs) aufgehoben, wo Justinian alles und jedes Onus improbirt. Allein er spricht doch nur von den onera, dort aber wird erklärt, jenes sei kein Onus.

Die Ungültigkeit des Onus wird dadurch beseitigt, daß der Onerirte es freiwillig übernimmt. Daher kann der Testator, um ihn dazu zu vermögen, ihm mehr als den Pflichttheil hinterlassen mit der Bedingung, daß er den Ueberschuß nur haben solle, wenn er das Onus auf das Ganze sich gefallen lasse. Darauf bezieht sich die s. g. cautela Socini (von Marianus Socinus dem Jüngeren † 1356). So ist auch zu verstehen die allgemeine Verfügung, daß, wer den Willen des Testators irgend wie verletzen werde, auf den Pflichttheil gesetzt sein solle.

Auch inter vivos kann der Pflichttheil gegeben werden, resp. das inter vivos Gegebene wird eingerechnet. Aber dies gilt nur von dem mit dieser Bestimmung ausdrücklich Gegebenen. Eine Ausnahme macht die dos, donatio propter nuptias, und das einem Sohne zum Ankauf einer militia (einer käuflichen Anstel-

---

1) L. 12. C. de inoff. test. (3, 28): Si pater puellae, cuius vos curatores esse dicitis, filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis heredibus, fidei filiorum commisit, ut, si quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret, praeterea uxori, ut id quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filius post mortem suam restitueret, fideicommisit, calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis, cum ex huiusmodi fideicommissaria restitutione tam matris quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire.

lung) Gegebene. Hier ist die ausdrückliche Bestimmung nicht nöthig, so wenig, als bei dem, was mortis causa gegeben worden ist. Die letzte Ausnahme darf nicht ausgedehnt werden auf alles zum Ankauf irgend einer Sache Gegebene, wohl aber gehört dahin, was zum Ankauf von etwas, wodurch der Sohn versorgt, ihm sein Fortkommen eingerichtet wird, verwendet wurde. Dies können sein käufliche Aemter, sonstige Stellen, z. B. Canonicate, aber auch Sachen, z. B. eine Gewerbsgerechtigkeit, Landgut rc.

2) Größe des Pflichttheils.

Die römischen Juristen haben sie auf den vierten Theil der Intestaterbportion (nach Analogie der lex Falcidia) gesetzt, quarta pars portionis ab intestato debitae. Justinian hat den Pflichttheil erhöht (Nov. 18, Note h des Lehrbuchs): Wenn vier oder weniger Kinder vorhanden sind, soll ihr Pflichttheil $\frac{1}{3}$, wenn fünf oder mehr, $\frac{1}{2}$ der Hinterlassenschaft betragen. Ebenso bei anderen Notherben.

Manche haben geglaubt, Justinian habe durch die Wahl seines Ausdrucks noch mehr als die Quote verändert, auch die Größe, von der sie berechnet werde, der Pflichttheil sei nicht mehr eine Quote der Portion eines jeden einzelnen Erben, sondern der Erbschaft für alle Notherben zusammen. Dies wird in vielen Fällen kein anderes Resultat geben, so namentlich bei Kindern ist dies der Fall, (vor Einführung des Erbrechts der dürftigen Wittwe immer). Aber es kann auch ein sehr verschiedenes Resultat haben, z. B. bei einem Vater und vier vollbürtigen Geschwistern: jenes Intestaterbtheil beträgt $\frac{1}{5}$, sein Pflichttheil $\frac{1}{10}$; dagegen nach jener Meinung die Hälfte oder ein Drittel der ganzen Erbschaft, also weit mehr, als sein Intestaterbtheil. Schon diese absurde Folge widerlegt jene Meinung. Sie ist aber auch sonst unhaltbar. Man kann auf den Gebrauch jenes Ausdrucks kein Gewicht legen, eben weil es meistens gleichgültig sein wird. Dies wird vollkommen bestätigt dadurch, daß in einem Gesetz Caracalla's (Note i des Lehrbuchs) ganz derselbe Ausdruck gebraucht wird, obwohl entschieden damals die legitima eine pars portionis ab intestato debitae war.[2]

---

2) L. 6. C. de inoff. test. (3,28): Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.

Bei der Berechnung des Pflichttheils kommt es auf folgende Punkte an:

1) Das Vermögen ist festzustellen nach der Zeit des Todes des Erblassers.

2) Der Intestaterbtheil muß bestimmt werden mit Berücksichtigung aller Personen, welche ab intestato geerbt haben würden, nicht bloß der Notherben. Die Zeit, wonach jene Bestimmung geschieht, ist die des Todes des Erblassers, denn zu dieser Zeit wird die Intestaterbfolge deferirt, wenn kein Testament existirt.

3) Die Zahl der Personen, welche entscheidet, ob die Hälfte oder ein Drittel berechnet werden soll, ist nicht die Zahl der Notherben, sondern der Intestaterben, sofern sie die Intestaterbtheile vergrößert oder verringert. Denn dies ist die Absicht des Gesetzgebers bei jener relativen Bestimmung der Quote. Daher kommt es auf die Zahl der Köpfe nur an, wenn ab intestato in capita geerbt werden würde, außerdem auf die Zahl der Theile. Ein sicherer Ausdruck ist: der Pflichttheil eines Notherben ist die Hälfte der Intestaterbportion, wenn diese $\frac{1}{5}$ oder weniger der Erbschaft beträgt, $\frac{1}{3}$, wenn mehr. Z. B. es hinterläßt jemand drei Söhne und von einem Verstorbenen zwei Enkel, so ist der Pflichttheil eines Sohnes $\frac{1}{3}$, der Pflichttheil eines Enkels die Hälfte seiner Intestaterbportion. Sind ferner bloß fünf Enkel von einem verstorbenen Sohne vorhanden, so ist der Pflichttheil eines jeden die Hälfte der Intestaterbportion, nicht $\frac{1}{3}$, wie Manche gesagt haben.

4) Der Werth der Sachen, in denen der Pflichttheil hinterlassen ist, bestimmt sich auch nach der Zeit des Todes des Erblassers.

5) Der Testator braucht die Berechnung des Pflichttheils nicht selbst vorzunehmen, es ist genug, wenn er den „Pflichttheil" genannt hat. Hat der Testator eine bestimmte Summe oder Sache oder auch einen quoten Theil der Erbschaft dem Notherben zugewendet, und dies erreicht den Pflichttheil nicht, so sind drei Fälle möglich; a) er hat eventuell Ergänzung angeordnet, b) er hat sie mit Stillschweigen übergangen, c) er hat die Ergänzung verboten. Der dritte Fall gehört zum folgenden Paragraph; der erste und zweite Fall stehen sich nach Justinianischem Recht gleich, (nach vorjustinianischem standen der zweite und dritte gleich.) In jenen beiden Fällen hat der Notherbe eine Klage auf Ergänzung,

actio suppletoria, ad supplementum legitimae. Welche Natur hat diese Klage? Gelten von ihr die Grundsätze der querela inofficiosi testamenti?

Im ersten Fall hat sie offenbar die Natur der Klage mit welcher das bestimmt Hinterlassene selbst gefordert wird, also der actio personalis ex testamento, oder hereditatis petitio, oder familiae erciscundae actio.[3] Dasselbe muß aber auch im zweiten Fall gelten, eben weil er dem ersten gleichgestellt ist, also als stillschweigende Anordnung der Ergänzung behandelt werden soll. Mithin kann von einer querela inofficiosi testamenti hier so wenig als ad a) die Rede sein. Der Kläger verlangt nicht etwas gegen den Willen des Erblassers, sondern nach dessen (vermuthlichem) Willen. Die natürlichen Folgen davon sind: a) sie findet statt auch bei Annahme des Hinterlassenen ohne Vorbehalt, (dies ist ausdrücklich im Gesetz bestimmt); b) sie wird ohne Präparation auf die Erben transmittirt; c) sie verjährt nicht in fünf Jahren. Dies Letztere hat man bezweifelt mit Berufung auf L. 34. C. de inoff. test. (3, 28.), (siehe Note m des Lehrbuchs).[4] Die Stelle handelt von der Transmission der Querel auf die Kinder, wenn nur die Querel nicht repudiirt oder verjährt ist. Zwischen diese Sätze ist die Erwähnung der theilweisen Hinterlassung und Ergänzung als Parenthese eingeschoben. Dadurch kann es scheinen, als ob das Letzte sich auf die Ergänzung bezöge. Dieser Schein fällt weg, wenn man erwägt, daß die Ergänzung nur in Parenthese erwähnt ist, und die Schlußworte daher nicht auf sie, sondern auf den eigentlichen Inhalt des Gesetzes, auf die Transmission

3) (Dies ist keineswegs so „offenbar", wie der Verfasser annimmt. Die Vorschrift des Testators: ut legitima boni viri arbitratu repleatur enthält die Auflage an die Testamentserben, das Hinterlassene zu ergänzen, daraus entspringt eine persönliche actio ex testamento; dasselbe muß im zweiten Falle behauptet werden, da hier eben nur jene Auflage fingirt wird. Vgl. Paul. R. S. lib. IV. tit. 5. §. 7., L. 4. C. Th. de inoff. test. (2,19). Ist der Kläger Miterbe, so fällt die Erfüllung unter die persönlichen Präſtationen, die mit der actio familiae herciscundae gefordert werden können, dagegen ist die hereditatis petitio auf sie nicht anwendbar. A. d. H.)

4) L. 34. C. de inoff. test. (3, 28): — Sed nos iubemus in tali specie eadem iura nepoti dari quae filius habebat, et si praeparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere et — testamento remoto ab intestato eum vocari, (nisi forte certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est: tunc etenim — repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat —), nisi pater adhuc superstes vel repudiaverit querelam, quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.

der Querel sich beziehen. Mithin ist auch in diesem dritten Punkt nach obiger Consequenz zu entscheiden.

Ausschließung vom Pflichttheil.

§. 490.

Die Ausschließung vom Pflichttheil kann geschehen:

1) ausdrücklich, durch Enterbung, so muß sie geschehen bei den wegen Präterition Notherbberechtigten;

2) stillschweigend, durch Präterition, überhaupt Nichthinterlassung. So kann sie geschehen bei den übrigen Notherben, welche nicht schon wegen Präterition an sich eine Notherbfolge in Anspruch nehmen können.

Es giebt aber einen Fall, wo die Ausschließung überall ausdrücklich geschehen muß, nämlich dann, wenn sie nur theilweise geschehen soll. Die bloße theilweise Hinterlassung hat nach neuerem Recht nicht die Wirkung der Ausschließung, sondern es kommt in diesem Fall die actio suppletoria zur Anwendung. Soll diese wegfallen, so muß der Testator ausdrücklich bemerkt haben, daß der Notherbe nicht mehr haben solle.

Die auf diese Weise ganz oder theilweise ausgeschlossenen Notherben haben ein Rechtsmittel, mit dem sie das Testament anfechten können, die querela inofficiosi testamenti. Der Zweck dieser Querel ist Rescission des Testaments und Einführung der Intestaterbfolge. Beides, jener präjudicielle Punkt und die Geltendmachung des Intestaterbrechts kann getrennt oder verbunden werden. Die Querel kann gebraucht werden a) als Präjudicialklage, b) in Verbindung mit der hereditatis petitio, c) als Einrede. Der Erfolg mußte bei den bloß prätorischen Erben gewahrt werden durch Agnition der bonorum possessio intestati. Diese wurde gegen die Regel, (da sie eigentlich noch nicht deferirt ist), gestattet vor der Erhebung der Querel, gegeben unter Voraussetzung des Erfolgs, bonorum possessio litis ordinandae gratia.

Die Querel beruht auf dem color insaniae, der Testator sei nicht bei Verstand gewesen, eine so nahe stehende Person nicht zu bedenken. Von dieser Fiction einer Bestreitung der Testamentifactio rührt die fünfjährige Verjährung her (ne de statu defunctorum etc.),[1] doch wird sie gerechnet nicht vom Tod, son-

1) Tit. Dig. XL. 15, Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

dern von dem Antritt des eingesetzten Erben, [weil dann erst actio nata ist]. Restitution gegen diese Verjährung ist möglich, doch nur bei sehr dringenden Umständen. Die Querel gilt ferner als außerordentliches Rechtsmittel, andere schließen sie aus, z. B. die bonorum possessio contra tabulas, Möglichkeit der Anfechtung des Testaments wegen Irrthums.

Kläger sind die ausgeschlossenen Notherben nach obiger Ordnung. Wenn von mehreren gleichberechtigten einer die Querel repudiirt, oder nach der Anstellung fallen läßt, oder durch Verjährung ausgeschlossen ist, so tritt Accrescenz ein. Tod vor der Anstellung kann eine Transmission herbeiführen, welche die Accrescenz ausschließt, vorausgesetzt, daß die Querel präparirt ist; ohne Präparation wird sie auf die Descendenten transmittirt, wenn der Berechtigte deliberante herede scripto gestorben ist. Fallen alle ersten Delaten weg, ohne Transmission, so tritt eine neue Delation an die in der Ordnung Folgenden ein, successio in querelam. Natürlich kann diese successive Delation nur an Notherben geschehen; solche sind nicht die, zwischen denen und dem Erblasser ein Notherbe steht; diese können die Querel nur durch Transmission erhalten.

Beklagte sind die eingesetzten Erben, nach dem Antritt der Erbschaft; denn vorher hat das Testament noch keine entschiedene rechtliche Existenz. Es ist eine Deliberationsfrist von sechs oder zwölf Monaten bestimmt, je nachdem beide Partheien in derselben Provinz domicilirt sind oder nicht. Nach Ablauf der Frist ohne Erklärung wird die Erbschaft als angetreten betrachtet. Die Klage geht auch gegen eingesetzte Notherben, ausgenommen wenn daneben extranei concurriren, [dann nämlich muß der übergangene Notherbe gegen die extranei allein klagen und kann nicht alle Erben zugleich belangen]. Aber auch freiwillig kann der Kläger sich auf einen oder mehrere beschränken. Besitzen die heredes scripti die Erbschaft nicht mehr, so in Folge der Restitution als Universalfideicommiß oder der Indignität, so sind diese an ihrer Stelle Besitzenden zu belangen.

Die Querel fällt weg, wenn das Testament ungeachtet der Ausschließung nicht als pflichtwidrig erscheint. Dies ist der Fall, wenn der Testator in dem Benehmen des Notherben einen rechtmäßigen Grund seiner Ausschließung hatte. Vor der Novelle 115 mußte der Kläger vor Allem sein gutes Benehmen gegen den

Erblasser beweisen; wozu für die Geschwister noch die turpitudo des Beklagten als Beweisobject hinzukommt. Gegen jenen Beweis kann der Beklagte nachweisen, daß der Testator eine rechtmäßige Enterbungsursache hatte. Die Würdigung dieser Ursachen war vor der Novelle überall dem richterlichen Ermessen überlassen. Bei Geschwistern gilt auch der Gegenbeweis, daß der Kläger selbst eine turpis persona sei, [wo dann die Klage wegfällt.] Manche haben geglaubt, die Novelle 22 habe bestimmte Enterbungsgründe für Geschwister festgesetzt. Aber sie handelt nur von Indignitätsfällen für die Intestaterbfolge. Dies sind natürlich auch Enterbungsgründe, aber sie sind nicht auf die Geschwister beschränkt. Diese Grundsätze von den Enterbungsgründen und ihrer Behandlung gelten nach der Novelle 115 nur noch von Geschwistern. Für andere Notherben hat diese Novelle eine andere Behandlung der Frage eingeführt.

Aber es giebt noch einen Fall, wo das Testament ungeachtet der Ausschließung nicht pflichtwidrig genannt werden kann und daher die Querel wegfällt. Dies ist der Fall der exheredatio bona mente facta. Unter Umständen kann die Ausschließung nicht als Strafe und Ausfluß einer feindseligen Gesinnung, sondern als Fürsorge erscheinen, indem sie dem Ausgeschlossenen wahreren Vortheil bringt, als vielleicht die Hinterlassung. Z. B. blödsinnige oder verschwenderische Kinder werden enterbt, dagegen ihre Kinder eingesetzt, und jenen hinreichende Subsistenz zugesichert, ein Unmündiger wird enterbt, aber Alimentation und Restitution der Erbschaft nach erlangter Mündigkeit angeordnet unter Umständen, welche ihm das Vermögen für diesen Fall vollkommen sichern. Die Querel fällt weg, wenn die objective und subjective Voraussetzung zusammentreffen,

1) das Resultat wirklich erreicht ist, also die Ausschließung zum wahren Vortheil des Ausgeschlossenen gereicht,

2) dies auch in der Absicht des Testators lag. Dies ist die herrschende Ansicht. Abweichende Meinungen:

1) Manche haben die Zulässigkeit der Ausschließung auf jene zufällig im geschriebenen Recht gegebenen Beispiele beschränken wollen, weil jene Bestimmung überhaupt nur eine Singularität sei. Dies ist falsch, singulär würde jene Bestimmung erst durch diese Beschränkung. Die exheredatio bona mente beruht auf

einer inneren Nothwendigkeit, die Voraussetzung der Querel: Pflichtwidrigkeit des Testaments, fällt weg.

2) Einige haben sogar die Existenz jenes Instituts ganz geläugnet, z. B. Francke.[2] Diese Meinung beseitigt sich durch die Gründe selbst, die man dafür angeführt hat. Francke nimmt an, in allen Stellen, worin man die exheredatio bona mente gefunden hat, sei nur von einem Fall die Rede, wo zwar Enterbung, aber zugleich Hinterlassung des Pflichttheils auf andere Art angeordnet sei. Eine solche sei z. B. die Hinterlassung von Alimenten an den prodigus, die Zuwendung der Erbschaft als Fideicommiß an den impubes. Aber wenn dem Notherben etwas zugedacht ist, (ohne dies läßt sich, wie sich von selbst versteht, die exheredatio bona mente nicht denken), so ist es doch nicht als Pflichttheil zugewendet; es ist mit einem Onus oder Mora zugewendet. Dies würde nach altem Recht die Querel begründet haben, wenn es als Pflichttheil behandelt worden wäre. Mithin müßten wir auch nach Francke's Meinung den Rechtssatz, der in den angeführten Stellen enthalten ist, so ausdrücken: Eine Enterbung, die sonst ungültig und der Querel unterworfen wäre, ist unter den obigen Umständen gültig und gegen die Querel geschützt. Das ist es aber gerade, was man mit der exheredatio bona mente ausdrückt. Somit würde sich der vermeintliche Angriff auf das Institut in einen Angriff auf den Namen auflösen, der an sich gleichgültig wäre, (nur daß dieser Angriff in Verbindung mit einigen besonderen ungegründeten Modificationen stünde, z. B. daß die Quantität des Hinterlassenen dem Pflichttheil entsprechen müßte). Aber selbst dieser Name muß für ganz passend gehalten werden. Wir haben daher alle Ursache, bei der in der Praxis recipirten Ansicht stehen zu bleiben. Sonstiger Wegfall der Querel, siehe das Lehrbuch am Ende.

Eine Anerkennung des iudicium defuncti liegt z. B. in dem Kaufen vom Erben, in dem Beistand, den man als Advokat oder Procurator einem Legatar geleistet hat. Auch Annahme eines Vermächtnisses gehört hierher, wenn ausdrücklich theilweise Ausschließung angeordnet ist. Das Recht, ad supplementum legitimae zu klagen, fällt durch eine solche Anerkennung nicht weg, weil hier nichts gegen den Willen des Testators gefordert wird. —

---

2) Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831) §. 34.

Entsagung (Repudiation) ist nicht möglich vor der Delation, also nicht bei Lebzeiten des Erblassers; auch ein Vertrag mit diesem hat nicht diese Wirkung.

Wirkung der Klage:

1) auf das Testament. Das Testament wird, wenn der Kläger durchdringt, mit seinem ganzen Inhalt rescindirt: Erbeinsetzung, Vermächtniß, Pupillarsubstitution ꝛc. Auch die clausula codicillaris ist unwirksam. Eine Ausnahme ist: der Verlust des Processes durch Contumacia des Beklagten soll den Legatarien nicht schaden; doch kann das Recht hier auch gegen diese erstritten werden, sonst hätte der Gegner es in seiner Macht, dem Kläger die Vermächtnisse aufzuladen. (Nach neuerem Recht ist dies unpraktisch.)

Diese Wirkung der Rescission des Testaments kann theilweise eintreten, wenn nur gegen einen von mehreren Erben geklagt oder durchgedrungen ist. Hier wird nur dessen Erbeinsetzung und die davon abhängigen Vermächtnisse rescindirt.

Auch bei theilweiser Ausschließung (siehe oben) hat die Querel die Wirkung der Rescission möglicherweise des ganzen Testaments.

Einen Fall giebt es, wo bei gänzlicher Ausschließung eine Ergänzungsklage stattfindet, neben der Querel. Wenn der Notherbe gegen den Extraneus, neben dem ein Notherbe eingesetzt ist, die Querel angestellt und durchgeführt hat, so kann es sein, daß dessen Erbtheil weniger als den Pflichttheil beträgt. Hier findet eine Klage auf Ergänzung gegen den eingesetzten Notherben Statt.

2) auf die Erbfolge. Die Wirkung der Klage ist hier, daß Intestaterbfolge eintritt, ganz oder theilweise; das letztere, wenn nur ein Theil der Erbeinsetzung rescindirt wird, sei es, daß willkührlich nicht gegen alle heredes scripti geklagt, oder nicht gegen alle gesiegt ist, oder nicht gegen alle die Klage zusteht, z. B. wenn Extranei und Notherben, personae turpes und andere bei Geschwistern eingesetzt sind. Hier erleidet auch die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest eine Ausnahme, der Kläger succedirt in den rescindirten Erbtheil ab intestato. Zu dieser Succession kommt aber nur der Kläger, nicht andere Intestaterben, die noch immer durch den stehengebliebenen Theil des Testaments ausgeschlossen sind.[3]

3) (Vgl. L. 15. §. 2. D. de inoff. test. (5,2) (Papinianus): — — Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri. Der Grund ist: das Ur-

Viele haben geglaubt, auch ein theilweises Intestaterbrecht des Klägers gebe der Querel die theilweise Wirkung, für den Theil, welchen der Kläger nicht erhalte, bleibe das Testament. Diese Meinung ist unrichtig. Die Querel kann dennoch volle Wirkung auf das Testament haben, nur bei der dadurch eingeführten Intestaterbfolge ist der Kläger beschränkt. Dies geht aus den folgenden Sätzen hervor.

Wenn gegen alle eingesetzte Erben oder gegen einen heres ex asse die Querel durchgesetzt wird, so wird die testamentarische Erbfolge gänzlich beseitigt und die Intestaterbfolge ausschließlich eingeführt. Hier kommen

1) alle Intestaterben zur Erbfolge, nicht bloß der Kläger. Nur die ausgenommen, welche Notherben sind, aber mit der Querel abgewiesen wurden, oder auf sie verzichtet haben.

2) Der Kläger kann sogar möglicherweise nichts erhalten, wenn er nicht der nächste Intestaterbe ist, (vgl. Note m des Lehrbuchs). Dem kann er aber vorbeugen dadurch, daß er nicht gegen alle eingesetzten Erben klagt, [denn wenn nur ein Theil der Erben bleibt, so wird die Notherbfolge zu seinen Gunsten eintreten].

Die eingesetzten Erben werden gegen den Antritt restituirt, als Nichterwerber behandelt.

Von der querela inofficiosae donationis und dotis.

§. 491.

Der Erblasser kann den Notherben durch Schenkungen inter vivos verkürzt haben. Dagegen giebt die querela inofficiosi testamenti und die actio suppletoria keine Sicherheit, denn der Pflichttheil wird berechnet von dem Vermögen zur Zeit des Todes. So wenn z. B. ein Vermögen von 9000 vorhanden gewesen ist und 6000 verschenkt sind, so kann der Notherbe den Pflichttheil von 3000 berechnet vollständig und mehr haben.

Es ist aus diesem Grunde auch eine Anfechtung von Schenkungen ex causa inofficiosi gestattet worden, zuerst wird sie erwähnt in einem Rescript Alexanders: L. 87. §. 3. D. de leg.

---

theil begründet hier einen Rechtssatz, (sententia ius facit), der vor Allem das Accrescenzrecht der Testamentserben ausschließt. A. d. H.)

II. (31. un).[1] Die Erfordernisse, von denen die Zulässigkeit dieser Querel abhängt, sind folgende:

1) Schenkung oder Bestellung einer Dos;

2) immensa donatio d. h. eine Schenkung, welche den Pflichttheil verletzen würde, wenn sie eine Zuwendung mortis causa wäre, wenn also das, was der Notherbe erhält, geringer ist, als der zur Zeit der Schenkung berechnete Pflichttheil, [z. B. es hat Jemand ein Vermögen von 9000 Thalern und verschenkt davon 6000, der Notherbe aber ist das einzige Kind, so bekommt dieses seinen Pflichttheil von den 9000, nämlich 3000, kann sich also nicht beschweren]. Die Beschwerde fällt weg, wenn durch nachherige Erwerbungen der nach dem Vermögen zur Zeit des Todes berechnete Pflichttheil gegen jenen nicht zurücksteht. Ebenso aber muß sie auch wegfallen, wenn nachherige zufällige Verringerungen den Pflichttheil geringer machen, denn hier ist die Schenkung nicht die Ursache, sie kann nicht inofficios genannt werden.

3) Streitig ist es, ob die Absicht des Schenkers, den Pflichttheil zu schmälern, erforderlich sei? Für die Bejahung dieser Frage hat man sich auf Aeußerungen der Gesetze berufen, welche von einer solchen sprechen. Allein es ist zweifelhaft, ob diese Aeußerungen dispositive oder nur enunciative gemeint sind, da man allerdings im Zweifel eine solche Absicht wird historisch voraussetzen dürfen.[2] Die Frage ist daher aus inneren Gründen zu beantworten. Die Schenkung ist pflichtwidrig, wenn sie jenes Resultat hat; wenn der Schenker so gedankenlos handelte, daß er es nicht voraussah, so ist seine Handlung nichts destoweniger pflichtwidrig. So handelt ein Vater pflichtwidrig, wenn er sein Vermögen leichtsinnig verschwendet, mag ihm auch die Absicht fern gelegen haben, seine Angehörigen dadurch dem Mangel Preis zu geben.

---

1) L. 87. §. 3. D. de leg. II. (31.un.): Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano Praefecto Urbi: Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse: ratio deposcit, id quod donatum est, pro dimidia parte revocari.

2) (Es ist sogar zweifelhaft, ob diese Aeußerungen überhaupt in den Gesetzen enthalten sind; die Stelle Note 1 und Fr. Vat. §. 270 lassen sich von einem rein objectiven in fraudem querelae verstehen, und selbst L. 8. pr. C. de inoff. test. (3, 28) spricht nur von beabsichtigter Anticipation des letzten Willens. A. d. H.)

Ihrer Natur nach kann die querela inofficiosae donationis und dotis entweder als Exceptio stattfinden, wenn die Schenkung durch Versprechen geschehen ist, und der Verletzte als Erbe belangt wird, außerdem als Klage, condictio ex causa inofficiosi. Diese Klage soll die Natur der querela inofficiosi testamenti haben, namentlich hinsichtlich der Verjährung. Kläger sind die verletzten Notherben, aber nach der richtigen Ansicht nur Descendenten und Ascendenten, nicht Geschwister, deren Notherbrecht nur gegen eine turpis persona instituta geht. Noch weniger hat die arme Wittwe die Querel, wie sie auch von der querela inofficiosi testamenti ausgeschlossen ist. Beklagte sind der Beschenkte und seine Erben, nicht ein dritter Besitzer.

Hinsichtlich der Wirkung der Querel ist es sehr bestritten, ob die ganze Schenkung rescindirt wird, oder nicht, und im letzteren Falle, ob auf den Intestaterbtheil oder den Pflichttheil.

Das geschriebene Recht entscheidet: nur soweit wird die Schenkung rescindirt, bis der Verletzte seinen Pflichttheil hat, wie er, vor der Schenkung berechnet, gewesen sein würde. Es ist allerdings nur von beschenkten Notherben die Rede, und man könnte denken, gegen Extranei schließe dies eine vollkommenere Wirkung nach Analogie der querela inofficiosi testamenti nicht aus. Aber jener Entscheidung ist eine allgemeine Geltung nicht abzusprechen. Die Analogie der querela inofficiosi testamenti paßt nicht, weil eine Schenkung inter vivos keine eigentliche Ausschließung vom Pflichttheil, keine Zuwendung der Erbschaft ist. Daher findet eine Rescission der Schenkung allgemein nur auf den Betrag des Pflichttheils Statt.[3]

Die Praktiker haben nicht selten auch bei onerosen Veräußerungen in fraudem der Kinder eine Klage angenommen, actio quasi Faviana und Calvisiana, (die dem impubes arrogatus gegeben ist, und ursprünglich dem Patron gegen Veräußerungen des Freigelassenen zustand), siehe Note g des Lehrbuchs. In einer Stelle wird jene Anwendung geradezu und ausdrücklich ausgeschlossen. Diese Stelle beweist nichts in ihrem ursprünglichen Zusammenhang, weil sie gegen Anfechtung jeder Alienation inter vivos spricht, wohl aber im justinianischen Recht, wo sie nur auf die onerosen Veräußerungen bezogen werden kann. Es giebt

3) Vgl. Note f des Lehrbuchs.

also wegen oneroser Veräußerungen als solcher kein Rechtsmittel; es ist aber auch überflüssig. Denn wenn eine solche wirklich zur Verkürzung des Pflichttheils vorgenommen ist, so wird wohl immer eine Schenkung darunter verborgen sein, also die querela inofficiosae donationis stattfinden.[4]

Recht der Novelle 115.

Vorschriften derselben.

§. 492.

Siehe das Lehrbuch.

Resultate.

Für die Notherbfolge der Descendenten und Ascendenten.

§. 493.

Zwei Klassen von Notherben sind zu unterscheiden,

1) Descendenten und Ascendenten,

2) Geschwister.

Bloß auf jene bezieht sich die Novelle 115. Von diesen schweigt das Gesetz, für sie ist es ganz bei dem alten Recht geblieben, mit einer Ausnahme §. 494. Zwei Punkte sind hier näher zu betrachten, das Verhältniß der Novelle zum älteren Recht, und die nähere Bestimmung ihres Inhalts.

1) Verhältniß der Novelle zum älteren Recht.

Die Novelle macht alle Descendenten und Ascendenten, welche überhaupt Notherben sind, zu Notherben wegen Präterition. Die sui und emancipati sollen diesen Vorzug nicht mehr allein haben. Zugleich nimmt sie es mit der Präterition noch strenger, indem sie die Exheredation von einem Erforderniß abhängig macht, welches nach altem Recht nicht zu ihrer Form gehörte: der Anführung einer gesetzlichen Enterbungsursache. Die Wirkung aber, welche die Novelle der Präterition giebt, ist eine andere als die des älteren Rechts, weder die Nullität des Civilrechts, noch die bonorum possessio contra tabulas des Prätorischen Rechts, sondern ein Drittes: Anfechtung und Aufhebung der Erbeinsetzung, mit Aufrechthaltung der übrigen Dispositionen.

---

4) (Im mündlichen Vortrag mag dieser letzte Absatz zu 1) im Text gezogen sein (Parbs a. a. O. S. 98), im Heft steht er hier am Schluß. A. d. H.)

Gilt daneben noch das alte Recht (§§. 486, 487)? Unsere Juristen theilen sich hier in zwei Partheien. Zwei Punkte sind vor allen als unbestreitbar festzustellen:

1) die Anwendbarkeit der Begriffe und Erfordernisse von Präterition, Erbeinsetzung, Enterbung, von denen die letzteren nur einen Zusatz erhalten haben;

2) die Erstreckung der Novelle auch auf die sui emancipati, in Beziehung auf diesen Zusatz, die Nothwendigkeit nämlich der Anführung einer gesetzlichen Enterbungsursache.

Die streitige Frage ist, ob nicht die Wirkungen des alten Rechts noch heutzutage eintreten, wenn eine schon nach altem Recht unstatthafte Präterition vorliegt?

Nach der einen Ansicht soll Justinian nicht beabsichtigt haben, das alte Recht für die sui und emancipati aufzuheben, sondern nur einen Zusatz haben machen wollen, theils zu den Erfordernissen der gehörigen Enterbung, theils durch Herbeiziehung noch anderer Personen zu den Nichtzupräterirenden. Nach dieser Ansicht wäre das geltende Recht folgendes: Hat der Testator 1) schon die Vorschriften des älteren Rechts verletzt, also sui und emancipati präterirt, (Alle nicht so eingesetzt oder enterbt, wie jenes vorschreibt), so tritt auch die Folge des älteren Rechts ein, (Nullität oder bonorum possessio contra tabulas). 2) Hat er nur die Vorschriften der Novelle verletzt, so treten auch nur die Folgen der Novelle ein. Dies ist also der Fall a) wenn sui oder emancipati enterbt sind ohne Anführung einer gesetzlichen Ursache, oder diese Ursache nicht bewiesen werden kann, b) wenn sonstige Descendenten oder Ascendenten präterirt sind.

Dieser Ansicht fehlt es nicht an sehr angesehenen Juristen als Vertheidigern, an ihrer Spitze der größte Jurist des 16. Jahrhunderts, Cujacius. In dem Wortlaut der Novelle ist nichts, was ihr widerspricht.

Nach der anderen Ansicht sind die Verfügungen der Novelle an die Stelle jener früheren Bestimmungen getreten. Der Unterschied zwischen sui und emancipati und den übrigen Descendenten und Ascendenten, also der Einfluß der väterlichen Gewalt, ist hier (im Jahre 542) so vollständig aufgehoben, wie im folgenden Jahre durch Nov. 118 bei der Intestaterbfolge. Diese Ansicht geht davon aus, was vernünftiger Weise die Ansicht des Gesetzgebers sein konnte, und findet eine Bestätigung der Intention,

welche sie ihm unterlegt, in seiner Behandlung der Intestaterbfolge. Offenbar wäre es eine halbe und vollkommen ungeschickte Maaßregel gewesen, wenn Justinian noch ganz unnöthiger Weise zwischen den Descendenten unterscheiden, und die Wirkungen des alten Rechts hätte mit forttragen wollen. Nicht weniger verwerflich, als wenn er in der Nov. 118 noch neben seinem neuen Intestaterbrecht das alte der zwölf Tafeln und des Edicts fortgeführt hätte. Der Geist seiner neuen Gesetzgebung geht vielmehr auf eine Reform des alten Rechts, dies hat er in der Nov. 118 durchgeführt; es hat wenig Wahrscheinlichkeit, daß man ein Jahr vorher zu bornirt gewesen wäre, um dies einzusehen. Der Inhalt des Gesetzes widerspricht dem auch nicht im Mindesten. Nichts hindert uns, es so zu verstehen, wie es verstanden werden muß, wenn es nicht die Flickarbeit eines Pfuschers sein soll. Darum hat sich die Mehrzahl der Juristen, namentlich in unseren Tagen, mit Recht dieser zweiten Ansicht zugewendet. Sie wird auch gewöhnlich in der Praxis befolgt.

Die Namen Corrections- und Derogationssystem für beide Ansichten sind unpassend. Man hat sie gebraucht, weil man für die erste Meinung die falsche Maxime hat anwenden wollen, daß die Novelle als ein correctorisches Gesetz möglichst streng und eng zu interpretiren sei, oder weil man unter Correction nur einzelne Aenderungen, unter Derogation eine gänzliche Aufhebung des bisherigen Rechts verstand. Eine bessere Bezeichnung siehe in Note c des Lehrbuchs.

Manche haben einen Mittelweg einschlagen wollen: das alte Recht der sui und emancipati sei im Ganzen aufgehoben, doch trete noch in einigen einzelnstehenden Fällen die Nullität oder bonorum possessio contra tabulas ein. Diese Meinung ist unbedingt zu verwerfen.

2) Ausführung des Inhalts der Novelle.

a) Nothwendigkeit der Einsetzung oder Enterbung.

Der Testator muß alle seine Notherben, die in die Classe der Descendenten und Ascendenten gehören, vorausgesetzt, daß sie nach der obigen Ordnung in diesem Fall Notherben sind, gehörig einsetzen oder gehörig enterben.

Gehörig eingesetzt sind sie, wenn die Erbeinsetzung die oben vorgetragenen Erfordernisse hat. Auf wieviel sie eingesetzt sind, kommt hier noch nicht zur Sprache. Nur setzt die Gültigkeit der

Einsetzung voraus, daß sie auf etwas eingesetzt sind, eine Einsetzung auf Nichts wäre keine, sondern eine Enterbung, aber eine unförmliche und ungehörige, welche nicht den Erfordernissen der Enterbung entspricht. Zur gehörigen Enterbung werden vor allem die obigen Erfordernisse (§. 486) vorausgesetzt. Aber es ist noch ein wichtiges Erforderniß durch die Novelle hinzugekommen, ausdrückliche Anführung einer oder mehrerer gesetzlicher Enterbungsursachen. Ohne dies ist die Enterbung ungültig, also Präterition. Es ist nicht genug, daß der Testator eine solche Enterbungsursache hatte, sie muß auch ausdrücklich angeführt sein. Ferner muß der Erbe diese Ursache beweisen; will also der Testator die Aufrechthaltung seines letzten Willens sichern, so muß er dafür sorgen, daß der Beweis geführt werden kann; diese Beibringung der Beweismittel gehört indessen nicht zur Form der Enterbung.

Die Enterbungsursachen, welche ausschließlich gelten sollen, hat Justinian in der Novelle verzeichnet mit der ausdrücklichen Bestimmung, man solle aus keinem anderen Gesetz solche Ursachen anführen können. Manche Juristen haben dies so verstehen wollen, als solle nun auch keine mehr gelten, die nicht wörtlich in dem Gesetz enthalten sei. Dies wäre widersinnig, da viele Vergehen des Notherben gegen den Erblasser denkbar sind, welche den angeführten gleich, zum Theil noch stärker sind. Auf der anderen Seite aber wollte der Gesetzgeber die Willkühr beschränken. Die richtige Ansicht ist: für die Gültigkeit einer Enterbungsursache giebt Nov. 115 allein den Maaßstab. Die einzelnen Ursachen aber müssen ihrem Sinne nach ausgelegt werden; es ist also eine analoge Anwendung möglich, ihre vollkommene Begründung vorausgesetzt. Z. B. das Kind hat den Vater im Wahnsinn vernachlässigt; aus diesem Grund kann der Vater, wenn er genesen ist, das Kind enterben (Nov. 115. c. 3. §. 12.), ebenso gewiß auch in der Armuth, wenn diese nachher gehoben wird. Der Sohn hat mit der Concubine des Vaters unerlaubten Umgang gehabt, d. h. in einer nicht verbotenen Geschlechtsverbindung auch außer der Ehe; dies ist eine gesetzliche Enterbungsursache (Nov. 115. c. 3. §. 6.), also muß auch die Verführung der Braut des Vaters als solche gelten, während jene mit der Erlaubtheit des Concubinats weggefallen ist. — Der Vater kann auch wegen eines Vergehens gegen die Mutter enterben, nicht aber die Mutter wegen eines Vergehens

gegen den Vater, nicht die Kinder wegen Vergehen der Aeltern gegen die anderen Kinder.

Streitig ist, ob erfolgte Versöhnung die Enterbungsursache aufhebe? Die Enterbungsursachen haben das gemeinschaftlich, daß sie als Vergehen gegen den Testator betrachtet werden, nicht bloß die, welche unmittelbar ihre Richtung gegen ihn haben, sondern auch andere, welche dahin gestellt sind, nicht absolut betrachtet sondern weil sie zugleich eine Verletzung des Testators enthalten. Daher ist durchaus die Analogie von Injurien anwendbar. Sie werden also durch wirkliche Verzeihung beseitigt, wodurch auf künftige Ahndung verzichtet wird. Nicht aber durch eine bloße sogenannte Aussöhnung; daher man sich nicht auf eine Verzeihung nach dem Testament berufen kann, wofern der Testator das Testament aufheben konnte, denn daß er es nicht aufgehoben hat, beweist, daß die Verzeihung keine wahre war.

Die Handlung, welche Enterbungsursache ist, muß dem Enterbten zugerechnet werden können, daher ist sie nicht möglich bei infantes, [weil sie nicht eines Vergehens sich schuldig machen können]. Posthumi können allerdings enterbt werden, insofern sie schon erwachsen sein können, (Notherben durch Wegfallen einer Mittelsperson). — Auch ist noch der Fall möglich, daß jemand eingesetzt ist unter der Bedingung, eine Handlung nicht zu begehen, und für den entgegengesetzten Fall enterbt wird. Nur muß die Handlung als ein Vergehen gegen den Erblasser betrachtet werden können.

Neben dieser Enterbung zur Strafe, von der allein die Novelle 115 Erwähnung thut, ist auch noch eine exheredatio bona mente möglich, nach der richtigeren Ansicht. Nur ist zu behaupten, daß auch hier die gute Absicht von dem Testator erwähnt werden muß.

b) Folgen der Verletzung dieser Vorschriften.

Die Folge der Verletzung ist nach Bestimmung des Gesetzes Ungültigkeit der Erbeinsetzung, mit Aufrechterhaltung der übrigen Dispositionen. In der Novelle scheint die Erbfolge der Notherben verschieden bestimmt zu sein, bei Descendenten (cap. 3) und bei Ascendenten (cap. 4), bei Descendenten, daß die widerrechtlich ausgeschlossenen an die Stelle der eingesetzten treten, bei Ascendenten, daß Intestaterbfolge eintritt. Daß Justinian einen

Unterschied zwischen Descendenten und Ascendenten hätte machen wollen, ist undenkbar, es ist also entweder das Eine oder das Andere anzunehmen. Das Letztere ist nun durchaus zu verwerfen. Hiernach würden auch rechtmäßig Enterbte miterben, gewiß ganz gegen die Absicht Justinian's. Aus dem Ganzen und einzelnen Aeußerungen geht hervor, daß Justinian nur die Notherben schützen, von ihnen das Unrecht der Präterition entfernen wollte, wie er in Nov. 115 cap. 5 ausdrücklich sagt. Dazu kommt, daß ihm die Analogie der bonorum possessio contra tabulas am nächsten lag. So wie Nov. 118 auf einer Erweiterung und Vollendung des prätorischen Intestaterbrechtsprincips beruht, so enthält Nov. 115 eine Durchführung des prätorischen Notherbrechts. Die Erwähnung der Intestaterbfolge ist also nur zu verstehen für die Ordnung und die Antheile mehrerer Notherben unter einander.

Nun entsteht aber die Frage, wie ist diese Ungültigkeit zu denken, und wie wird sie herbeigeführt, welches ist das remedium der Novelle 115? Auch darüber sind die Meinungen höchst verschieden, sowohl unter den Anhängern des Additionalsystems als unter denen des Reformsystems.[1] Folgende drei Classen von Ansichten sind zu unterscheiden.

1) Man hat in der ganzen Novelle nur Vorschriften über die querela inofficiosi testamenti finden wollen, daher man diese Klage bei jeder Verletzung der Vorschriften der Novelle eintreten läßt, nur mit dem Unterschied der bloßen Rescission der Erbeinsetzung, querela inofficiosi ex iure novo. Dies ist das sogenannte Inofficiositätssystem, (sonst vornehmlich bei den Anhängern des Additionalsystems). Gegen dieses System spricht, daß die Novelle nicht nur Vorschriften materieller Art, sondern auch Vorschriften über die Form gemacht hat, daß sie nicht bloß die Nothwendigkeit einer Hinterlassung bestimmt, sondern auch Hinterlassung in einer gewissen Form verordnet hat. Wer seine Descendenten oder Ascendenten präterirt, aber durch Vermächtniß den Pflichttheil hinterläßt, hat offenbar die Vorschriften der Novelle verletzt, und führt dadurch die Notherbfolge herbei, aber keine bloß materielle Pflicht, keine Notherbfolge wegen Verletzung des Pflichttheils. — Diese Ansicht ist nie sehr verbreitet gewesen.

1) Vgl. die Dogmengeschichte bei Bluntschli: Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. 1829. 5tes Buch §. 29—32.

2) Andere Juristen stimmen darin mit den vorigen überein, daß sie keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Vorschriften machen, sondern immer dieselbe Folge eintreten lassen. Diese Folge aber soll Nullität sein, nur bloß für die Erbeinsetzung, Nullität ex iure novo. Das remedium der Novelle sei also eine querela nullitatis ex iure novo. Dies ist das sogenannte Nullitätssystem. Abgesehen davon, daß querela nullitatis ein nichtiger Begriff ist, so ist eine wahre Nullität gegen die Absicht der Novelle. Denn die Ungültigkeit soll nur eintreten zu Gunsten der Notherben, und nur sofern sie davon Gebrauch machen, (wie bei der bonorum possessio contra tabulas). Wäre die Erbeinsetzung null, so wäre das Testament ipso iure ungültig, ganz abgesehen von dem Willen und dem Vortheil der Notherben. — Diesen Fall hat man verbessern wollen durch die Annahme einer sogenannten relativen Nullität, bei der eben jenes eintreten soll, was bei der absoluten Nullität nicht eintreten würde. Mit dieser relativen Nullität hat man sich in große Schwierigkeiten versetzt, unter welchen namentlich die neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand sich umhertreiben z. B. auch Mühlenbruch.[2] Aber dieses Mittelding zwischen Nullität und Rescissibilität existirt gar nicht. Das Richtige wäre, zu sagen, daß Rescissibilität des Testaments eintrete, das remedium sei also eine hereditatis petitio rescissoria nur nicht ex causa inofficiosi, in allen Fällen. Nach diesem System würde die querela inofficiosi testamenti für Descendenten und Ascendenten ganz wegfallen. Daß Justinian dies intendirt habe, ist höchst unwahrscheinlich. Man muß anerkennen, daß in der Novelle noch das Material ihrer Anwendung liegt, (sonst hätte das Inofficiositätssystem nicht entstehen können); dessenungeachtet würde Justinian ohne alle Veranlassung die reichen Bestimmungen seines Gesetzbuchs über die Querel für die hauptsächlichsten Fälle ohne alle Noth, ja gegen die Natur der Sache unbrauchbar gemacht haben. Es hat dieses System, dem sich die meisten neueren Theoretiker zugewendet haben, denn auch nie rechten Eingang in die Praxis gefunden.

3) Diese beiden Systeme haben das mit einander gemein, daß sie keinen Unterschied in der Novelle machen zwischen formellen und materiellen Vorschriften, zwischen Notherbfolge wegen

2) (Lehrbuch des Pandecten-Rechts 4. Aufl. 1844. bes. von v. Madai §. 692, 693. Bd. 3. S. 349 ff. A. d. H.)

Präterition und wegen Ausschließung vom Pflichttheil, worauf gerade das Notherbfolgerecht bis dahin beruht, und welcher Unterschied in der Natur der Sache gegründet ist. Sie sind deshalb nicht zu rechtfertigen.[3]

Daher hat man denn sogenannte gemischte Systeme aufgestellt. Und dies ist ohne Zweifel der richtige Weg, nur fehlt es häufig an der richtigen Ausführung. Es ist demnach zu unterscheiden:

1) Notherbfolge wegen Präterition.

Diese tritt nach der Novelle ein, wenn Descendenten oder Ascendenten, welche Notherben sind, schon jetzt bei der Errichtung oder Posthumi, weder gehörig eingesetzt, noch gehörig und mit Anführung einer gesetzlichen Ursache enterbt sind. Die Notherbfolge ist hier nach Analogie der bonorum possessio contra tatulas zu betrachten, (nur natürlich abgesehen von den dem prätorischen Erbrecht ganz eigenthümlichen Bestimmungen und der Erhaltung nicht aller Vermächtnisse. Die Ungültigkeit der Erbeinsetzung tritt nicht ipso iure ein, sondern durch die Erklärung der ausgeschlossenen Notherben, davon Gebrauch machen zu wollen; aber es ist auch weiter nichts erforderlich. Die Notherben verdrängen die eingesetzten Erben und erben nach der Intestaterbfolgeordnung. Die Erbeinsetzung ist ungültig, wenn die Notherben davon Gebrauch machen, die etwaige Erwerbung durch die heredes scripti ist für nicht geschehen zu erachten. Das Recht der Notherben verjährt nicht, nur wenn sie nicht im Besitz sind verjährt ihre hereditatis petitio wie sonst.

Anderen Personen, also rechtmäßig enterbten oder gleichstehenden Intestaterben nützt das Recht der Notherben nicht, denn ihnen steht noch immer das Testament entgegen, das nur jene nicht hindert, welche die Erbfolge gegen das Testament haben, (wie oben bei der bonorum possessio contra tabulas). Dies ist freilich bestritten, aber es ist eine Consequenz, die man nicht verlassen kann, ohne alles in Verwirrung zu bringen. Nur eine Ausnahme ist zu machen für die gleichstehenden, im Testament eingesetzten Intestaterben, von diesen kann man nicht sagen, daß sie durch das Testament ausgeschlossen sind.

2) Notherbfolge wegen Ausschließung vom Pflichttheil.

---

3) Vergl. auch Note m des Lehrbuchs.

Diese tritt ein, wenn jene Notherben mit Anführung einer gesetzlichen Ursache enterbt sind. Hier ist der formellen Pflicht genügt, aber der Notherbe hat die querela inofficiosi testamenti. Von dieser gelten die Grundsätze des älteren Rechts, nur geht sie 1) bloß auf Rescission der Erbeinsetzung, 2) nicht der Notherbe hat zu beweisen, daß er ohne Grund enterbt sei, sondern der Erbe muß die Wahrheit der angeführten Ursache beweisen, (nicht etwa eine andere).[4]

Etwas Besonderes ist es, daß die Querel in jenem Falle stattfindet, auch wenn dem Notherben der Pflichttheil durch Vermächtniß hinterlassen ist. Dies ist eine natürliche Folge der nothwendigen Anführung der Enterbungsursache, wodurch der Enterbte doch immer notirt wird. Ist die Enterbungsursache falsch, so ist der Ehre des Enterbten zu nahe getreten und darum wird ihm die Querel verstattet, obgleich er nicht von dem Pflichttheil ausgeschlossen ist.

Außerdem findet auch, wie oben dargestellt, die querela inofficiosae donationis und dotis statt, ferner die Ergänzungsklage, wenn auf zu wenig eingesetzt ist. In Beziehung auf letztere ist nichts geändert, es findet auch bei theilweiser Ausschließung vom Pflichttheil mit ausdrücklicher Enterbung für das Uebrige die querela inofficiosi statt. In Nov. 115 c. 5. wird die Ergänzung befohlen, wenn der Testator bloß gesagt hat, der Notherbe solle sich mit diesem Theil begnügen. Hier soll also die querela inofficiosi nicht stattfinden, was aber auf diesen Fall zu be-

---

4) (Dieses von dem Verf. noch vertheidigte gemischte oder modificirte Inofficiositätssystem treffen alle jene Ausstellungen, die er selbst gegen das Additionalsystem macht. Der Geist der neueren Gesetzgebung Justinian's, namentlich der materiellen und tief eingreifenden Novellen, ist nicht nur auf Reform, sondern vorzugsweise auf Vereinfachung des alten Rechts, auf Verschmelzung verwandter Institute desselben gerichtet. Nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet heißt es schon bei der Vereinigung des S. C. Pegasianum mit dem Trebellianum (§. 7. I. de fideicomm. her. (2, 23), daß es noch viel weniger darum zu thun war, „die reichen Bestimmungen des Gesetzbuchs über die Querel" zu conserviren, daß Justinian selbst legislativ bestimmen wollte, worüber früher die Praxis des Centumviralgerichts entschieden hatte, beweist die gesetzliche Feststellung der Enterbungsursachen und die vorgeschriebene Form der Enterbung unter Anführung einer solchen Ursache. Diese Legalisirung der alten der Centumviralpraxis angehörigen Inofficiosität führt aber nothwendig auf die exclusive Anerkennung der Wirkung der Präterition, das (relative) Nullitätssystem, dem sich daher auch die neuesten Schriftsteller mehr und mehr zuwenden. Vgl. Seuffert, Prakt. Pandektenrecht §. 658—662. Bd. 3. S. 365ff. Arndts im Rechtslex. Bd. VIII. S. 106—116. 148 f., Lehrbuch der Pandecten §. 599. Anm. S. 886 f. A. d. H.)

schränken ist. Nicht hat Justinian der theilweisen Ausschließung vom Pflichttheil die Wirkung der Querel entziehen wollen. Die theilweise verlangt auch Anführung einer Enterbungsursache, und hiegegen findet die querela inofficiosi testamenti statt, wenn der Erbe diesen Grund nicht beweisen kann.

Für die Notherbfolge der Geschwister.

§. 494.

Siehe das Lehrbuch.

Aufhebung der Delation.

§. 495.

So wie die Erwerbung nicht geschieht, ist auch die Delation aufgehoben, denn sie ist nur die Möglichkeit der Erwerbung. Clausula privatoria nennt man die Anordnung, wodurch dem Erben unter einer gewissen Bedingung die Erbschaft wieder entzogen wird. Dies ist nicht als Resolutivbedingung zu betrachten, denn eine solche ist nicht möglich, sondern entweder als Enterbung, die aber gleich bei der Einsetzung selbst geschehen muß (§. 480), oder als Universalfideicommiß, [welches der Testator dem Erben unter jener Bedingung auferlegt, und kann als solche auch nach der Erbeinsetzung und in einem Codicill geschehen]. Der Testator giebt dadurch jemandem sub conditione das Recht, dem Erben die Erbschaft abzufordern, resp. legt diesem die Pflicht auf, sie zu restituiren, wobei zugleich der Abzug der Trebellianischen Quart verboten ist.

Sehr gewöhnlich ist die Bedingung: wenn der Erbe gegen das Testament Streit erheben würde. Es ist eine Streitfrage: ob auch bei einem gerechten Streit die Bedingung gelte? Dies ist quaestio facti, im Zweifel hat der Testator jeden Streit verboten, nur vorausgesetzt, daß der Streit nicht bloß über die Existenz der Disposition geführt wird, also ob etwas dem Willen des Testators gemäß sei.

Drittes Kapitel.

Erwerb des Erbrechts.

Erwerb der hereditas.

Durch voluntarii heredes.

Fähigkeit der Person.

§. 496.

Siehe das Lehrbuch. Ueber L. 8. pr. D. de adqu. vel omitt. her. (29, 2) siehe Beilage XXII.

Erwerbshandlung.

§. 497.

Die Erwerbshandlung besteht in der Erklärung des Willens, Erbe zu sein. Dazu gehört

1) der Wille Erbe zu werden. Dieser Wille muß bestimmt und entschieden sein. Daher ist kein bedingter Erwerb möglich, ferner ist nothwendig Ueberzeugung von der wirklichen Delation und dem Delationsgrund insbesondere, [nämlich ob testamentarisch oder ab intestato], Fähigkeit des Testators, daß er gestorben, daß pure deferirt [oder die Bedingung erfüllt] ist. Zweifel oder Irrthum darüber schließt die Erwerbung aus. Von seiner [eigenen] Fähigkeit braucht der Erbe nicht überzeugt zu sein. Tritt er gezwungen nur zum Schein an, so ist kein Erwerb geschehen, [weil er nicht den Willen hatte], wohl aber wenn er die Erbschaft aus Furcht wirklich antritt, z. B. durch wirkliche pro herede gestio. [Dann ist der Erwerb an sich rechtsbeständig, nicht nichtig]. Aber dann kommt ihm der Praetor zu Hülfe.

2) Erklärung dieses Willens. Diese kann vor Allem geschehen durch Vornahme von Handlungen als Erbe, pro herede gestio. Entsteht ein Zweifel über eine solche Handlung, indem der Delat den Animus läugnet, so beweisen nur solche Handlungen, denen kein anderer Sinn untergelegt werden kann, welche

der Delat nur als Erbe, nicht citra nomen et ius heredis vornehmen könnte. Das Erbrecht kann aber auch erworben werden durch wörtliche Erklärung; die bloße Aeußerung, Erbe sein zu wollen, ist hinreichend. Die Cretion im älteren Recht, welche übrigens nur nothwendig war, wenn sie vom Testator vorgeschrieben wurde, ist im neueren Recht antiquirt.

Durch einen Stellvertreter kann das Erbrecht nicht erworben werden, die Ausnahmen siehe im Lehrbuch. Man hat behauptet, dies hänge mit der alten Cretion zusammen, diese sei ein feierlicher Act des Civilrechts, und deshalb kein Stellvertreter zulässig gewesen.[1] Dies ist ein Irrthum. Es ist eine Folge der allgemeinen Regel, daß keine civilis adquisitio durch einen Stellvertreter möglich sein soll, und dies ist auch noch heutzutage geltend geblieben. Wer in dem Fall ist, eines Stellvertreters sich bedienen zu müssen, muß bonorum possessio agnosciren, (also eine gerichtliche Erklärung in der gesetzlichen Frist abgeben. So ist also auch hier noch die bonorum possessio anwendbar.

Wohl aber kann der Auftrag selbst schon Antritt sein, wenn er speciell, bestimmt und unbedingt ist. Dann ist er nicht ein Auftrag, anzutreten sondern ein Auftrag zu anderen Handlungen in Folge des Antritts [z. B. Empfangnahme der Erbschaft, Besitzergreifung u. s. w.]. Nach diesen Grundsätzen ist folgender Rechtsfall zu entscheiden. Ich erkläre schriftlich meinen Erbschaftsantritt. Mit dieser Urkunde schicke ich meinen Freund an den Ort der Erbschaft mit der Weisung, wenn er kein Bedenken findet bei näherer Erkundigung über den Stand der Erbschaft diese Urkunde abzugeben.

Zeit der Erwerbung.

§. 498.

Der Erbe ist an sich in Beziehung auf die Zeit seines Antritts unbeschränkt, er kann

1) gleich antreten, sowie deferirt ist, (nur nicht vorher). Manche Juristen haben von einer neuntägigen Frist nach des Erblassers Tod gesprochen (nach Nov. 115 c. 5). Dies bezieht sich aber auf etwas ganz Anderes, die Erben sollen nicht früher

1) So z. B. Mühlenbruch (Lehrbuch des Pandecten-Rechts. §. 702. Bd. 3. S. 369. A. d. H.)

beunruhigt werden. Nach Römischem Recht wurde der Antritt gehindert durch das S. C. Silanianum. Wenn der Erblasser gewaltsam um's Leben gekommen ist, d. h. durch äußere Gewalt, (nicht Gift), so wurden sämmtliche Sclaven auf die Tortur gebracht. Ehe dies geschehen, durfte der Erbe nicht antreten, um eigennützige Entziehung von Sclaven zu verhüten. Dies fällt natürlich heutzutage hinweg;

2) so spät er will, d. h. so lange die hereditatis petitio nicht verjährt ist. Dies hat jedoch Ausnahmen:

a) wenn der Erbe unter der Bedingung eingesetzt ist, sich innerhalb einer gewissen Zeit zu erklären, (ist das ohne Bedingung vorgeschrieben, so ist es ohne Wirkung);

b) wenn ein Notherbe die Querel anstellen will, [was er nicht vor Antritt des Erben kann; hier kann er dem Erben durch den Richter eine Frist setzen lassen], siehe das Lehrbuch;

c) wenn dem eingesetzten Erben ein Substitut ernannt ist, so kann dieser beim Richter darauf antragen, daß dem Instituten eine Deliberationsfrist gesetzt werde. Nach Ablauf dieser Frist wird die Erbschaft als ausgeschlagen angesehen;

d) auch die Gläubiger und Legatarien können den Erben zur Entscheidung anhalten. Hier wird dem Erben ebenfalls eine Frist bewilligt, spatium deliberandi. Verstreicht diese Frist ohne Erklärung, so wird die Erbschaft als angenommen betrachtet, er wird den Gläubigern und Legatarien verpflichtet.

Aber der Erbe kann sich auch, ohne von solchen Interessenten gedrängt zu werden, ein spatium deliberandi erbitten, 9 Monate vom Richter, 1 Jahr vom Regenten. Eine Wiederholung dieser Frist findet nicht Statt. Der Erbe muß sich während dieser Zeit die Kenntniß von der Erbschaft verschaffen, für ihre Erhaltung sorgen, demzufolge er dem Verderben ausgesetzte Sachen mit Zustimmung des Richters veräußern kann, ohne daß ihm dies als pro herede gestio ausgelegt wird. Bei Pupillen kann das Vermögen während dieser Zeit nicht verringert werden. Justinian hat verordnet, daß der Erbe verpflichtet sein soll, ein förmliches Inventarium des Vermögens zu errichten, wodurch er den Gläubigern, Legatarien und sonstigen Interessenten die Sicherheit giebt, daß er die Deliberationsfrist nicht zu einer Verringerung des Vermögens benutzt. Die Vernachlässigung dieser Pflicht hat die Folge, daß, wenn er antritt, er den Vermächtnißnehmern gegen-

über die falcidische Quart verliert, und wenn er ausschlägt, gegen ihn von Seiten der Gläubiger, oder an wen die Erbschaft sonst fällt, auch möglicher Weise von Seiten der Legatarien, wenn diesen nun so die Quart abgezogen wird, das iusiurandum in litem stattfindet.

Man hat neben diesem erbetenen spatium deliberandi von einem legitimum gesprochen von einem Jahr, nach L. 19. C. de iure delib. (6,30). Man hat nun gleich auch über die Folge gestritten, ob der Erbe nach Ablauf der Frist von der Erbschaft ausgeschlossen, oder gebunden sei. Aber diese Frist ist nicht für die Deliberation gesetzt, sondern für die Transmission. Dagegen haben Andere eine gesetzliche Deliberationsfrist von 3 Monaten angenommen nach L. 22. §. 1. C. eod. und auch hier gestritten, ob die Folge Ausschließung oder stillschweigende Annahme sei. Aber auch diese Stelle handelt gar nicht von einer gesetzlichen Deliberationsfrist.[1] Die L. 22. §. 1. C. cit. verordnet allerdings etwas, das hierher hört, aber etwas ganz Anderes als eine gesetzliche Deliberationsfrist, (über diesen Punkt hat auch v. Vangerow eine falsche Vorstellung). Justinian verordnet: wenn der Erbe sich innerhalb 3 Monaten entscheidet, namentlich also ausschlägt, so soll er dies ohne Gefahr thun können, auch wenn er kein Inventarium errichtet hat. Nach 3 Monaten aber treten jene Nachtheile ein, welche aus der Nichterrichtung eines Inventars folgen, auch wenn er keine Deliberationsfrist gebeten hat, daß er in einem Verhältniß zu der Erbschaft stand, wodurch eine Unterschlagung als nicht unmöglich erscheint.

Repudiation des Erbrechts.

§. 499.

Omittere hereditatem heißt überhaupt, den Erwerb eines Erbrechts unterlassen, den Nichterwerb durch seinen Willen herbeiführen, wohin auch das Verstreichenlassen des Termins gehört, innerhalb dessen angetreten werden muß, die Nichterfüllung einer Potestativbedingung. Repudiare hereditatem dagegen heißt, durch eine positive Erklärung die Erbschaft ausschlagen — es ist der Gegensatz von adquisitio. Dadurch wird die Delation aufgehoben.

---

1) Vgl. die Note e citirten Abhandlungen.

Repudiiren kann nur der, welcher auch erwerben kann, mithin ist eine Repudiation nur möglich nach geschehener Delation, nicht vor Existenz der Bedingung. Der Substitut kann nicht repudiiren vor dem Wegfall des Instituten. Die Repudiation ist ferner nicht möglich, wenn Zweifel an der Delation oder Ungewißheit, oder Irrthum über die Art der Delation Statt finden. Ganz falsch ist die Meinung, daß heutzutage Repudiation vor der Delation gelte. Sie ist entstanden durch die Möglichkeit von Erbverzichten nach Deutschem Recht. Aber diese Erbverzichte sind Verträge, Repudiation eine einseitige Handlung.

Repudiirt der eingesetzte Intestaterbe, so repudiirt er an sich das testamentarische Erbrecht, nicht das Intestaterbrecht. Ist er der einzige Erbe, so liegt in der ausdrücklichen Repudiation des Intestaterbrechts eine stillschweigende des testamentarischen, durch welche die Intestaterbfolge deferirt, also jene Repudiation gültig wird. Daher gilt die Repudiation des Intestaterbrechts, wenn er der einzige Erbe ist, für beides, vorausgesetzt natürlich, daß er von seiner Einsetzung weiß.

Wenn jemand in zwei vom Testator hinterlassenen Testamenten zum Erben eingesetzt ist, so kann er nur aus Einem Erbe werden, (abgesehen von dem Fall, wo beide gleichen Datums sind, also bonorum possessio aus beiden Statt findet). Indem er aus einem Testament antritt, schlägt er die Erbschaft aus dem anderen aus, wenn daher jenes ungültig ist, kann er nicht auf dieses recurriren. Seine Erklärung enthält 1) eine Erwerbung, 2) eine Repudiation. Jene kann ungültig sein und doch diese gültig. So entscheidet Papinian.[1] Aber wenn der Erbe glaubte, aus dem anderen Testament sei ihm nicht deferirt, so ist die Entscheidung nicht richtig. Man kann nicht sagen, er habe die Erbschaft daraus repudiirt, denn man kann nur etwas repudiiren, was deferirt ist und von dessen Delation man weiß. Dies ist die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben.

Die Repudiation bezieht sich zunächst auf die Universalsuccession und was damit [wesentlich] zusammenhängt, nicht auf die Singularsuccession, wenn sie nicht zu jener in Beziehung gestellt ist.

---

1) L. 97. D. de adquir. vel omitt. her. (29,2.) Vergl. Note d des Lehrbuchs.

Erwerb durch necessarii heredes.

§. 500.

Gewisse Erben erwerben das Erbrecht ipso iure, ohne eine Handlung von ihrer Seite, mit der Delation. Daher ist auch keine Willensfähigkeit erforderlich. Dies sind die Personen, welche in der Gewalt des Erblassers befindlich, durch seinen Tod frei, sui iuris werden 1) die mit der Freiheit eingesetzten Sclaven, necessarii schlechtweg, 2) die sui heredes, sui et necessarii. Nach heutigem Recht nur die Letzteren.

Die sui sind necessarii auch wenn sie durch einen Anderen Erben sind. Daher wenn der Enkel vom suus eingesetzt ist, sofern der suus durch jenen Erbe wird, wird er es ipso iure, vorausgesetzt, daß er zur Zeit des Todes des Erblassers schon die Gewalt über den Eingesetzten hatte. Auch posthumi sui, auch die welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht im Verhältniß von sui sind, wohl aber zur Zeit der Delation der Intestaterbfolge, werden ipso iure Erben. Vgl. Note b des Lehrbuchs.

Sind sui unter einer Potestativbedingung eingesetzt, z. B. si valet, so sind sie heredes voluntarii. Das prätorische Recht hat ihnen aber auch abgesehen von dem Willen des Erblassers die Stellung von voluntarii heredes gegeben, besonders in Rücksicht auf die Nachtheile, welche jene civilrechtliche Nothwendigkeit für sie haben kann. Sie sollen die Erbschaft ausschlagen können, wie wenn sie nicht necessarii wären; darauf bezieht sich das beneficium abstinendi.

Der Prätor betrachtet die sui nur dann als Erben, wenn sie die Erbschaft angenommen, d. h. etwas vorgenommen haben, wodurch sie Erben würden, auch wenn sie voluntarii wären. Dies heißt hier Immixtion, (sie ist gleich der pro herede gestio); immiscirt haben sie sich aber, sobald sie von den erbschaftlichen Gütern etwas an sich genommen haben. Nur Unmündigen schadet eine Immixtion nichts. Haben sie sich nicht immiscirt, so können sie die Erbschaft ablehnen, wie voluntarii, abstinere se ab hereditate (= der Repudiation). Die Wirkung ist, daß sie dem Effect nach wie repudiirende Voluntarii, also nicht als Erben behandelt werden. Daher werden auch die Verfügungen eines Testaments, in dem sie präterirt sind, vom Prätor aufrecht erhalten. Dem Jus Civile nach freilich sind sie Erben. Dies kann wirksam wer-

den in Beziehung auf Verfügungen, welche einen Erben voraussetzen, z. B. Pupillarsubstitution, [die aufrecht erhalten wird], siehe oben.

Der wichtige Unterschied zwischen Abstinenz und Repudiation ist immer der, daß jene als Beneficium betrachtet wird, daher auch nachher darauf verzichtet werden kann, wenn nur die Güter noch nicht durch die Gläubiger verkauft sind. Nach justinianischem Recht ist dies nur innerhalb drei Jahren möglich, gegen deren Verstreichen übrigens restitutio in integrum möglich ist bei Minores.

Aber das Beneficium wird auch verloren, wenn sie sich nachher immisciren, und dahin gehört, wenn sie irgendwie erbschaftliche Güter sich zu verschaffen suchen, z. B. durch Kauf [oder sonst wie].

Stirbt der Suus, ehe er Kenntniß von dem Anfall bekommen hat, so transmittirt er das Recht der Abstinenz auf seine Sui, [nicht auf seine voluntarii].

Controvers ist, ob der Suus die Statthaftigkeit der Abstinenz d. h. die Nichtimmixtion beweisen müsse? Nach der gemeinen Meinung müssen die Gläubiger die Immixtion beweisen, und dies ist auch die richtige Ansicht, wie aus der Analogie mit der Repudiation hervorgeht. Der Suus braucht nichts als das Factum der Abstinenz zu beweisen; dies wird nun regelmäßig nicht nöthig sein, [die Abstinenz geschieht durch eine einfache Erklärung], da er jedenfalls jetzt seinen Willen erklärt. Behaupten nun die Gläubiger die Ungültigkeit dieser Abstinenz wegen Immixtion, so liegt ihnen der Beweis davon ob.

Erwerb der bonorum possessio.

§. 501.

Das prätorische Erbrecht wird nie ipso iure erworben, sondern es ist stets der Wille des Erben und eine Handlung von seiner Seite erforderlich. Hier wird nun der Unterschied zwischen bonorum possessio edictalis und decretalis wirksam. Die bonorum possessio edictalis wird erworben durch die einfache Erklärung, daß man sie wolle, vor Gericht, nach neuestem Recht vor jedem Richter, in jeder Form. Von den unten abgedruckten Stellen[1] könnte die zweite für sich allenfalls so verstanden werden,

1) L. 9. C. qui admitti (6, 9): Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem, vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur statutis prisco iure temporibus coarctanda, eo addito, ut

als wäre nicht einmal mehr eine Erklärung vor Gericht nöthig. Aber daß dies nicht der Fall ist, zeigen die erste und dritte Stelle. Für die Fälle, für die überall noch die bonorum possessio im heutigen Recht von Bedeutung ist, muß dieses Erforderniß der gerichtlichen Erklärung festgehalten werden, [und dieß ist der Fall bei einer interimistischen Ueberweisung der Erbschaft]. Noch eine Eigenthümlichkeit der Erwerbung der bonorum possessio besteht darin, daß für dieselbe gewisse Fristen gesetzt sind, [theils ein Jahr, theils hundert Tage], siehe das Lehrbuch. Diese Zeit beginnt nicht vor der Delation, also z. B. nicht vor Wegfall des früheren Delaten durch Ausschlag oder Versäumniß. Der Anfang wird aber auch durch ignorantia facti hinausgeschoben. Ueberdies ist die Zeit tempus utile.

Die bonorum possessio decretalis muß innerhalb jener Frist bei dem competenten Richter nachgesucht werden, welcher sie nach causae cognitio durch Decret ertheilt. Erst durch dieses Decret wird sie erworben. Ein Unterschied von der hereditas liegt darin, daß die bonorum possessio durch einen Procurator agnoscirt werden kann. Ja bei juristischen Personen soll überhaupt die Agnition nicht nöthig sein, Versäumniß ist unschädlich.[2]

Die deferirte bonorum possessio kann repudiirt werden, nicht aber die decretalis, weil hier Delation und Acquisition zusammenfallen. Ist der Delat bloß durch Zeitablauf ausgeschlossen, und die Delation geschah vermöge des successorium edictum an den folgenden Grad, so konnte jener wieder agnosciren, wenn er auch in diesem Grad berufen wird z. B. secundum tabulas, intestati, unde liberi, unde legitimi, unde cognati. Dies findet nach dem neuesten Recht keine Anwendung mehr, wo die Reihenfolge weggefallen ist, und nur noch einzelne Fälle der bonorum possessio übrig geblieben sind. (Manche ältere Juristen haben von jenem Satz eine ganz sinnlose Anwendung auf die heredi-

---

etiamsi intra alienam vicem, i. e. prioris gradus properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem quasi suis sit usa curriculis, consequatur (Constantius). §. 10. J. de bon. poss. (3, 9): In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. §. 11. J. eod.: Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo si admittentis eam iudicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium. L. 7. §. 3. C. de curat. fur. (5, 70): — cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata sit, et ab eo introducta observatio quae pro antiqua sufficit petitione — — (Justinianus).

2) L. 3. §. 4. D. de bon. poss. (37, 1).

tatis petitio der Kinder machen wollen, die in 90, zuweilen in 120 Jahren erst verjähren sollte).

Erwerb des Erbrechts durch einen Anderen als den Delaten.

§. 502—504.

Siehe das Lehrbuch.

Gegenstand der Erwerbung und Accrescenzrecht.

§. 505.

Der Gegenstand der Erwerbung wird durch die Delation bestimmt; man kann keinen anderen Gegenstand, auch nicht zum Theil, sondern nur das ganze Deferirte erwerben. Ja, wenn jemand mehrmals zu mehreren Erbtheilen eingesetzt ist, so sind diese untrennbar, er muß beide annehmen, oder beide ausschlagen. In der Annahme des einen liegt auch schon der Erwerb des anderen; wenn dieser zweite noch von einer Bedingung abhängt, so wird derselbe ipso iure in dem ersten existente conditione miterworben, auch wenn die Bedingung erst nach seinem Tod existirte. Eine Modification tritt ein, wenn die zweite bedingte Einsetzung unter den Begriff der Substitution fällt. Auch hier gilt allerdings jener Grundsatz der Untrennbarkeit, der Institut hat mit seiner Portion auch die schon erworben, in die er substituirt ist, er kann sie nicht mehr ausschlagen. Aber dies setzt voraus, daß er sie erwerben kann, also daß er den Substitutionsfall erlebt. Seine Erben haben kein Recht auf die Portion, worin ihr Erblasser substituirt ist.

Mit dem Gegenstand der Erwerbung hängt das Accrescenzrecht zusammen. Dieses beruht auf der Möglichkeit eines Zuwachses zu dem ursprünglichen Gegenstand der Erwerbung. Das Erbrecht eines Erben kann beschränkt sein durch die Existenz von Miterben, mit denen er theilen muß. Diese Beschränkung kann aber wegfallen, [und darauf bezieht sich das Accrescenzrecht].

Wenn einer von mehreren Erben nicht erwirbt, so fällt dadurch eine Portion aus, wofern nicht eine Succession in die Delation stattfindet, ein Transmissionsfall eintritt, wodurch die Vacanz der Portion verhütet wird. Ist dies letztere nicht der

Fall, also die Portion vacant, so kann ein Substitut ernannt sein. Ist auch dies nicht geschehen, so tritt das Accrescenzrecht ein, d. h. die vacante Portion fällt an die Miterben, die Portionen dieser werden durch jene vergrößert.

Diese Accrescenz ist etwas nothwendiges 1) bei der Intestaterbfolge; die ausfallende Portion kann nicht an die Erben der folgenden Grade und Classen fallen, etwa durch successio ordinum, da diese durch die Existenz der Vorgehenden ausgeschlossen sind; 2) bei der testamentarischen Erbfolge, denn die Intestaterben sind durch die Existenz von testamentarischen Erben ausgeschlossen. Nur bei Soldatentestamenten fällt die Accrescenz weg. Die ausfallende Portion fällt an die Intestaterben, wie wenn der Testator gar nicht darüber verfügt hätte; ausgenommen wenn die Intention des Testators eine andere war. Bei Soldatentestamenten ist also die Accrescenz nur durch den Willen des Testators zu begründen, von dem sie sonst ganz unabhängig ist.

Hier entsteht die Frage, kann der Testator das Accrescenzrecht verbieten? Verhindern kann er es durch Bestellung von Substituten, aber ausschließen kann er es nicht. Dies würde heißen, die Portion soll erblos bleiben, oder die Intestaterbfolge eintreten. Keines von beiden kann der Testator anordnen. Hätte also derselbe eine solche Bestimmung getroffen, so wäre sie ungültig, sie könnte nur gültig sein, wenn sie eine Substitution der Intestaterben enthielte.

Die Accrescenz setzt also voraus 1) daß unter mehreren Miterben einer nicht Erbe geworden ist. Hat er erworben, ist aber durch Abstinenz oder in integrum restitutio befreit, so tritt sie mit einigen Modificationen ein, siehe unten; 2) daß die Delation nicht transmittirt wird, oder eine andere Person gültig bestimmt ist, an welche die Portion fallen soll.

Wie tritt die Accrescenz ein, (an wen, und auf welche Weise)?

1) Es accrescirt dem, der die Portion gehabt hätte, wenn der Wegfallende gar nicht vorhanden gewesen wäre. Dies können a) alle sein pro rata ihrer Erbportion, aber auch b) nicht alle Miterben. Das Letztere ist der Fall, wenn Mehrere zu einem Erbtheil berufen sind, die Accrescenz gilt zunächst nur den mit dem Wegfallenden zu einem Theil berufenen. So α) bei der Intestaterbfolge in stirpes und in lineas: die Portion bleibt zunächst in dem Stamm, in der Linie, β) bei der testamentarischen Erbfolge

in Folge einer Conjunction. Als conjungirt sind zu betrachten die, welche bei der Erbtheilung für einen Kopf gerechnet werden, die Portion eines ausfallenden Nichtconjungirten accrescirt ihnen auch nur zu Einem Theil, dagegen die des Conjunctus nur dem anderen Conjunctus. Dieses Recht setzt eine Conjunction voraus, welche jenen Effect bei der Erbtheilung hat, was dazu gehört, ist nicht hier zu entscheiden. So beantwortet sich auch die Frage, über die man in neuerer Zeit gestritten hat, ob eine bloße verbis coniunctio hinreiche, um ein vorzüglicheres Accrescenzrecht zu begründen. Da sie nicht jene Wirkung bei der Erbtheilung hat, so ist ihr auch nicht diese bei der Accrescenz zu verstatten. Solche, die ohne einen Theil eingesetzt worden sind, sind nie conjungirt in diesem Sinne, wenn sie auch in demselben Satz und durch eine Wortverbindung genannt wären.[1] — Unter mehreren Substituten eines Erben accrescirt der Theil des wegfallenden Substituten nur dem anderen.

2) Die Accrescenz geschieht ipso iure, nicht als eine erneuete Delation, so daß sie angenommen oder ausgeschlagen werden könnte. Es ist deshalb gleichgültig, ob die Erben, denen accrescirt, noch leben, oder nicht. Sie haben mit ihrer auch die accrescirende Portion schon erworben. Jener nothwendige Anfall erleidet eine Modification a) wenn eine Portion durch in integrum restitutio vacant wird; hier kann dieselbe abgelehnt und den Gläubigern überlassen werden; b) wenn Abstinenz die Vacanz bewirkt hat. Hier hat der Miterbe die Wahl, ob er seine und die accrescirende Portion haben, oder beide ausschlagen will. Nur dann ist ihm dies nicht gestattet, wenn die Gläubiger auf die Haftung für die accrescirende Portion verzichten wollen. Seiner schon übernommenen Haftung für seine eigene Portion kann er sich hier nicht entziehen.

3) Die portio vacans accrescirt cum suo onere.

Aufhebung der Acquisition.

§. 506.

Siehe das Lehrbuch.

Semel heres semper heres ist die Regel des Civilrechts. Das prätorische Recht hat dies modificirt durch das beneficium abstinendi.

1) Vergl. L. 17. §. 1. D. de hered. inst. (28, 5.)

Ad 2) Die Wirkung der in integrum restitutio ist für den Restituirten dieselbe wie bei der Abstinenz, daher auch zuweilen dieses Wort gebraucht wird, (der Unterschied zwischen beiden ist, daß zu jener ein Decret, zu dieser bloß eine Erklärung nothwendig ist). Dem Resultat nach wird der Restituirte nicht mehr als Erbe behandelt. Wird es aber auch hinsichtlich der ausfallenden Portion so angesehen, als wenn er nicht Erbe geworden wäre? Dies ist nicht immer der Fall, z. B. Accrescenz tritt ein, aber der Substitut wird nicht berufen, [weil er nur substituirt ist unter der Bedingung, daß jener die Erbschaft nicht annehme, was er doch gethan hat]. Nur in einem nicht anwendbaren Fall war es anders, wenn bei einer insolventen Erbschaft ein Sclave mit der Freiheit substituirt war. Ferner bei der Intestaterbfolge tritt nicht die successio ordinum et graduum ein, sondern die Erbschaft wird erblos. Siehe unten bei den bona vacantia.

Viertes Kapitel.

Inhalt des Erbrechts.

Successio per universitatem.

§. 507.

Das Vermögen geht als Ganzes über auf den Erben vermöge des Erbrechts, also die Persönlichkeit des Erblassers in vermögensrechtlicher Hinsicht. Dieser Uebergang geschieht unmittelbar mit dem Tode des Erblassers, ein späterer Erwerb wird in seiner Wirkung dahin zurückbezogen. In dem Uebergang des Vermögens liegt aber auch der Uebergang der einzelnen Rechte, aus denen es besteht, 1) der dinglichen Rechte; der Erbe wird Eigenthümer oder sonstiger dinglich Berechtigter. Auch der Usucapionstitel geht auf ihn über, nicht aber der Besitz selbst, so weit er etwas Factisches ist; 2) der Obligationen, Forderungen und Schulden, so weit nicht besondere Ausnahmen festgesetzt sind.

Daher kann die Acquisition des Erbrechts eine Confusion der iura in re, der Forderungen zur Folge haben. Mehrere Erben

sind nur zum Theil Subjecte der Rechte, sofern es sich nicht um untheilbare Gegenstände handelt. Die einzelnen Sachen sind communes, die Obligationen gehen pro rata über, so tritt auch die Confusion nur pro rata ein.

Was nicht Vermögensrecht ist, erwirbt der Erbe nicht, z. B. Standesrechte. Aber auch manche Vermögensrechte sind von dem Erwerb ausgenommen, welche mit dem Individuum verbunden sind, und daher mit ihm untergehen, z. B. ususfructus, gewisse Obligationen, (höchst persönliche Rechte, iura personalissima).

Verhältniß der Erben zu den Erbschaftsgläubigern.

Von dem beneficium inventarii.

§. 508.

Der Erbe wird Schuldner, wo der Erblasser Schuldner war. Da die Schulden nicht auf das Vermögen beschränkt sind, so bildet die Größe der Erbschaft nicht die Gränze. Der Erbe haftet also nicht bloß so weit die Erbschaft reicht, eben so wie auch der Erblasser nicht bloß so weit haftete als sein Vermögen reichte. Deshalb kann eine Erbschaft gefährlich werden, daher das Rechtsmittel der Deliberationsfrist, freilich immer ein precäres Sicherungsmittel. Nur Soldaten können ohne Bedenken eine Erbschaft annehmen, sie haften nicht über den Bestand der Masse.

Justinian hat den Erben einen Weg geöffnet, sich vollkommen gegen jene Gefahr sichern zu können. Unter einer gewissen Voraussetzung soll der Erbe nicht weiter haften, als die Erbschaft reicht. Die Gläubiger sollen hier nicht mehr erhalten, als sie bei dem Erblasser selbst hätten erlangen können, dagegen sollen sie aber auch gesichert werden, daß sie nicht in eine schlechtere Lage kommen, das Befriedigungsobject nicht durch den Erben vermindert wird. Darauf ist die Bedingung berechnet, unter welcher jene Sicherung des Erben eintritt; diese Bedingung ist das beneficium inventarii.

Das beneficium inventarii wird dadurch erworben, daß der Erbe die Erbschaft antritt, und innerhalb 30 Tagen nach Kenntniß von der Delation gerichtlich oder vor Notar und Zeugen die Aufnahme eines förmlichen Inventariums über die Erbschaft be-

ginnt. Er kann die Erbschaft früher antreten auch ohne Vorbehalt des Inventars, aber er muß sie wenigstens zugleich antreten. Es verträgt sich nicht mit der Deliberation. Ein Inventar muß er auch hier machen, aber dieses verschafft ihm für sich nicht das beneficium, dadurch sollen die Gläubiger gesichert werden. Der Testator kann das Inventarium zum Nachtheil der Legatarien erlassen, aber natürlich nicht zum Nachtheil der Gläubiger.

Zur Vollendung des Inventars hat der Erbe weitere 60 Tage, in Nothfällen höchstens ein Jahr. Er muß die sich meldenden Gläubiger und Vermächtnißgläubiger zuziehen, wenn diese nicht erscheinen, drei Zeugen. Er muß das Inventar unterschreiben und bekräftigen, daß er alles getreulich angegeben hat. Die Gläubiger können von ihm auch den Manifestationseid fordern. Beweisen sie nun nach allem dem, daß der Erbe etwas auf die Seite gebracht hat, so muß dieser das Doppelte restituiren. Wird das Inventarium gerichtlich errichtet, so geschieht dies in der Form eines gewöhnlichen gerichtlichen Acts, ohne Zuziehung der Gläubiger. Die Anzeige und Bitte an das Gericht vertritt die Stelle des Anfangs des Inventariums.

Wirkungen des beneficium inventarii:

1) Der Erbe haftet für die Schulden nur soweit die Erbschaft reicht. Bei der Bezahlung braucht er auf keine Priorität Rücksicht zu nehmen, er kann jeden befriedigen wie er sich meldet. Heutzutage geschieht die Vertheilung gewöhnlich durch das Gericht, wenn dieses inventarisirt, und hier nach Analogie des Concursverfahrens.

2) Die Kosten des Inventars und der Verwaltung der Erbschaft zieht der Erbe vorweg ab.

3) Hat der Erbe zum Behuf der Zahlung von Schulden bona fide Sachen veräußert, so können sich die Gläubiger nicht an diese halten, selbst wenn sie ein Pfandrecht daran haben, sondern an die befriedigten Legatarien vor allen, dann an die Gläubiger, die mit einem Vorzugsrecht begabten an die weniger oder nicht bevorzugten. In dem geschriebenen Recht ist die Frage nicht beantwortet, ob der Nichtbefriedigte sich auch an befriedigte Gleichstehende halten könne. Diese Frage ist nach demselben Princip zu bejahen, also nach Analogie des Concursverfahrens. Denn sonst könnten überhaupt bezahlte Creditoren nicht in Anspruch genommen werden.

4) Die Schulden des Erben gegen den Erblasser bleiben; denn sonst würden die Gläubiger in eine schlechtere Lage kommen, dagegen aber auch seine Forderungen, hinsichtlich deren er wie ein anderer Gläubiger steht. Das beneficium inventarii verhindert also die Confusion. Eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß das Vermögen in dem Stande erhalten werden soll, wie wenn der Erbe nicht Erbe geworden wäre. Ebenso kann von den Gläubigern ein confundirtes ius in re in Anschlag gebracht werden, ebenso aber auch gegen sie ein ius in re, das der Erbe hatte.

Von der separatio bonorum.

§. 509.

Den Erbschaftsgläubigern und Legatarien kann durch den Antritt des Erben eine Gefahr drohen, wenn dieser überschuldet ist. Es ist möglich, daß sie aus der Erbschaft ihre Befriedigung finden können, während, wenn sie sich an den Erben halten, sie mit dessen Gläubigern concurriren, und nun vielleicht aus dem Vermögen dieses und dem erbschaftlichen zusammen nicht so viel erhalten, als wenn sie sich auf das erbschaftliche Vermögen beschränkt, dagegen aber auch die Concurrenz der Gläubiger des Erben vermieden hätten. Auf die Abwendung dieser Gefahr bezieht sich das beneficium separationis bonorum.

Erbschaftsgläubiger und Legatarien können eine Absonderung der Erbschaft zu dem Zweck herbeiführen, um die Gläubiger des Erben von derselben auszuschließen, aber auch bloß zu diesem Zweck. Die Wirkung ist, daß diese Personen nun auch allein auf die Erbschaft angewiesen sind, und auf die Haftung des Erben verzichten. Dagegen werden auch die Gläubiger der Erben ausgeschlossen, bis jene vollständig befriedigt sind. Die Separation wird durch ein Decret vom Richter ertheilt, bei dem es daher nachzusuchen ist. Hat einer die Separation verlangt, so können die anderen entweder sich anschließen, oder heredem sequi, d. h. zu den Gläubigern des Erben sich gesellen, wo sie dann mit diesen concurriren.

Ausschließung der Separation, siehe das Lehrbuch ad 4). In dem Geriren der Separationsberechtigten als Gläubiger des Erben liegt ein Verzicht auf das beneficium, z. B. wenn sie Bürgen

oder Pfänder von ihm erhalten. Nicht aber in der Anstellung einer Klage gegen den Erben, da sie keinen anderen Beklagten haben, und dieser auch Subject des erbschäftlichen Vermögens ist. Auch durch die Annahme von Zinsen geriren sie sich nicht als seine Gläubiger, wenn die Zahlung aus Erbschaftsgeldern geschehen ist.

Besondere durch die Erwerbung des Erbrechts entstehende Obligationsverhältnisse.

Verbindlichkeit zur Erfüllung letztwilliger Dispositionen.

§. 510.

Der Erbe contrahirt durch den Antritt der Erbschaft eine Verbindlichkeit zur Erfüllung der letztwilligen Dispositionen des Erblassers, sofern dieselben Kraft haben, eine rechtliche Verbindlichkeit erzeugen. Dies ist der Fall, wenn sie einem Anderen eine Forderung gegen den Erben gewähren, (denn ohne eine Forderung ist eine Verbindlichkeit nicht vorhanden). Diese Verbindlichkeit reicht aber nicht weiter, als das was er vom Erblasser erhält, also die Erbschaft reicht, vorausgesetzt, daß der Erbe keine Pflicht unterlassen hat, die ihm zur Sicherung der Berechtigten vorgeschrieben ist. Namentlich hat Justinian verordnet, daß der Erbe ein Inventarium mit Zuziehung der Legatarien oder, wenn diese abwesend, vor drei Zeugen errichten soll, wovon ihn jedoch der Testator entbinden kann. Der Erbe wird pro rata seines Erbtheils verpflichtet. Zu diesen Lasten des Erben gehören vornehmlich die Vermächtnisse, wofern nicht ein Anderer damit onerirt ist.

Dagegen wirken Befehle, durch welche Niemand ein Recht gegen den Erben erhält, z. B. Veräußerungsverbote, ohne daß erhellt, zu wessen Gunsten sie aufgestellt sind, oder wenn nachher der Berechtigte wegfällt, nur eine moralische Pflicht. Nuda praecepta. Immer sind davon wohl Bedingungen zu unterscheiden, ohne deren Erfüllung der Eingesetzte gar nicht Erbe werden kann. Doch tritt ein Officium der Obrigkeit bei gewissen Dispositionen ein, z. B. über das Begräbniß, die Errichtung eines Monuments, den Aufenthalt und die Erziehung der Kin-

der u. s. w., vorausgesetzt daß sie nicht gegen Anstand und gute Sitte sind.[1]

Obligatio unter Miterben.

Aus der Communio.

§. 511.

Unter mehreren Miterben besteht eine communio, aus welcher die Erbtheilungsklage, actio familiae erciscundae entspringt. Diese Klage steht auch denen zu, welche loco heredis sind, also den Universalfideicommissaren, und dem impubes arrogatus wegen der quarta Divi Pii. Diese Personen sind Kläger und Beklagte, sie mögen besitzen oder nicht. Die Klage ist in personam, sie entspringt nicht aus dem Erbrecht. Dieses muß vielmehr unbestritten sein. Die Bestreitung, (ganz oder theilweise), giebt dem Miterben eine Einrede, womit auf die hereditatis petitio verwiesen wird. Nur wenn der Kläger im Besitz der Erbschaft ist und auf Theilung anträgt, sein Miterbe aber ihm das Erbrecht bestreitet, so soll der Richter bei der actio familiae erciscundae auch zugleich über die Existenz des Erbrechts (als Incidenzpunkt) mitentscheiden, da der Kläger hier nicht auf die hereditatis petitio verwiesen werden kann. Wird der Kläger mittelst jener Einrede abgewiesen, so schadet ihm die Anstellung dieser Klage nicht, d. h. in der Anstellung der Erbtheilungsklage liegt noch kein Anerkenntniß des Miterbrechts des Beklagten. Qui familiae erciscundae agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem.

Die Erbtheilungsklage geht auf den Gegenstand der Obligatio:

1) auf Theilung der Erbschaft. Gegenstand der Theilung ist, was Gegenstand des gemeinschaftlichen Vermögens ist. Die Klage geht nicht auf Theilung der Schuldforderungen, welche ipso iure divisa sind, und hinsichtlich deren keine communio Statt hat. Wenn daher die zu theilende Erbschaft aus bloßen nomina besteht, z. B. der Erblasser hat alle seine anderen Sachen mortis causa verschenkt, so ist die Klage unstatthaft. Die übrigen Sachen und Rechte kommen zur Erbtheilung, auch wenn sie re-

---

1) (Vgl. L. 7. in fin. D. de ann. leg. (33, 1): Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. A. d. H.)

vocabel sind, mit Eintritt einer Bedingung wegfallen. Ausgenommen von der Erbtheilung ist a) was nicht Gegenstand der communio sein kann, z. B. Gift, verbotene Bücher, ferner was notorisch durch ein Verbrechen des Erblassers erworben ist, endlich was dieser selbst getheilt hat; b) was immer gemeinschaftlich bleiben soll: res religiosae, Urkunden, welche die ganze Erbschaft betreffen. Diese bleiben bei dem, welcher den größten Antheil hat, bei gleichen Antheilen wird über den Verbleib derselben durch Uebereinkunft, Loos oder Deposition verfügt. Wer den Besitz erhält, muß caviren, den Miterben auf Verlangen stets Einsicht in dieselben gestatten zu wollen.

Die wirkliche Theilung ist entweder eine reelle, durch Theilung der einzelnen Gegenstände, oder eine Theilung dem Werth nach, so daß einzelne Gegenstände ganz auf einen Theil kommen. Auf diese Weise können auch nomina zur Theilung kommen, d. h. bei ihr gebraucht werden, durch Cession oder Delegation.

In Beziehung auf diesen ersten Gegenstand enthält das richterliche Urtheil adiudicatio und condemnatio.

2) Geht die Erbtheilungsklage auf die praestationes personales, siehe oben. Jeder Miterbe ist verpflichtet zum Ersatz dessen, was er als solcher, also nach dem Erwerb, durch Dolus oder relative culpa levis verschuldet hat. Ebenso haften die Miterben auf Ersatz der Verwendungen, welche ein Miterbe nach dem Erwerb gemacht hat; wegen Verwendungen vor dem Erwerb hat derselbe nur die gewöhnlichen Klagen.

Die Erbtheilungsklage kann nur einmal angestellt werden, weil die communio durch Theilung aufhört. Findet sich nachher, daß einzelne Gegenstände übersehen sind, so muß wegen dieser die actio communi dividundo angestellt werden.

Collationsverbindlichkeit.

Subjecte.

§. 512.

Der Prätor gab den emancipirten Kindern ein Erbrecht neben den Sui, theils contra tabulas, theils ab intestato. Dadurch entstanden bedeutende Ungleichheiten, da der Suus Alles dem Vater erwarb, sein ganzer Erwerb mithin in die Erbschaft fiel,

während der Emancipirte seinen Erwerb seit der Emancipation für sich hatte. Deshalb verordnete der Prätor, daß der Emancipirte, wenn er mit den Sui erben wollte, seinen Erwerb in die Erbschaft einwerfen müsse, (collatio bonorum). Ebenso soll auch die Tochter ihre Dos oder donatio propter nuptias in die Erbschaft einwerfen, mag sie sua oder emancipata sein, (collatio dotis).

Nach dem neuesten Recht ist der Erwerb der Kinder verändert. Auch der des Suus kommt nicht mehr in die Erbschaft, die Collation mußte deshalb eine andere Gestalt annehmen. Sie blieb zum Zweck der Gleichstellung mit einander erbender Kinder; aber da die Ungleichheit nicht mehr dieselbe war, so war auch die Gleichstellung auf eine andere Weise zu erreichen. Eine Ungleichheit kann nur noch dadurch stattfinden, daß ein Kind von dem Erblasser bei dessen Leben etwas erhalten hat, also nur darauf kann die Collation gerichtet sein, und dies ist sowohl bei Sui als bei Emancipati möglich. Das Princip der dotis collatio ist nun das allgemeine geworden.

Collatio bonorum ist die Vermehrung der Erbschaft durch gewisse Güter erbender Descendenten, zum Zweck der Ausgleichung mit den übrigen miterbenden Descendenten des Erblassers. Daraus ergeben sich die Subjecte der Collation.

1) Collationsverpflichtet sind alle Descendenten des Erblassers, welche mit einander zur Intestaterbfolge berechtigt sind, den Grund der Collation vorausgesetzt, siehe §. 513.; aber nur insofern sie Erben werden; außerdem können sie nur etwa mit der querela inofficiosae donationis belangt werden. Nach älterem Recht fand diese Collationspflicht nur Statt bei der Erbfolge contra tabulas und bei der Intestaterbfolge, nach neuerem Recht kommt sie zur Anwendung auch bei testamentarischen Erben, sofern jenes Erforderniß eintritt, daß sie mit einander Intestaterben wären, wenn Intestaterbfolge einträte. Die Collation setzt hier indessen voraus, daß sie dem Willen des Testators nicht entgegen ist. Dies ist sie nicht bloß, wenn er sie ausdrücklich ausgeschlossen hat, (nur darf diese Ausschließung die anderen Pflichttheilsberechtigten nicht beeinträchtigen), sondern auch wenn er selbst schon bei der Erbtheilung darauf Rücksicht genommen, also darum ungleiche Theile gemacht hat.

Muß ein Anderer, welcher an die Stelle des Collationspflichtigen tritt, conferiren, was dieser hätte conferiren müssen? Man hat häufig diese Frage schlechthin bejaht. Mit Unrecht. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

a) er macht nur jenes Recht geltend, succedirt also in die Delation; hier ist er allerdings schlechthin collationspflichtig aus der Person seines Vorgängers;

b) er tritt durch eine neue Delation ein, wie der Substitut, der Accrescenzberechtigte; hier ist die Frage zu verneinen. Er ist nicht aus der Person des Ausfallenden collationspflichtig, denn die Collationspflicht haftet nicht an der Portion, sondern an der Person. Daher sind auch nicht collationspflichtig Enkel, welche in locum parentis succediren, sofern nicht das von diesem zu Conferirende durch dessen Beerbung an sie gekommen ist. Es ist ganz unrichtig, deshalb das Gegentheil zu behaupten, weil sie nach Novelle 118 nicht mehr erhalten sollen als ihr verstorbener Parens. Dies bezieht sich gar nicht auf die Collation, welche die Erbschaft vermehren soll, sondern auf die bestehende Erbschaft. Auch L. 19. C. de collat. bon. (6,20) beweist nicht, daß sie schlechterdings conferiren müßten.

2) Collationsberechtigte, d. h. Personen denen conferirt wird, die durch die Collation gewinnen, sind dieselben Personen: die Descendenten, welche mit den Conferenten zur Intestaterbfolge berufen sind oder wären. Zu diesen gehört der Conferent selbst mit, er nimmt ebenfalls Theil an dem von ihm zu Conferirenden. Sind noch Extranei Erben, [z. B. die dürftige Wittwe bei der Intestaterbfolge, Dritte bei der testamentarischen], so gewinnen sie nichts durch die Collation. Die in die Stelle eines solchen eintreten, sind unter denselben Umständen collationsberechtigt, unter denen sie collationspflichtig sind.

Gegenstand der Collation.

§. 513.

Conferirt muß werden, was der Collationspflichtige so erworben hat, daß es dem Vermögen des Erblassers, und dadurch der Erbschaft entzogen worden ist. Dies soll dann eben wieder in die Erbschaft geworfen werden. Das konnte nach älterem Recht von jedem Erwerb des Emancipatus gesagt werden. Nach neuerem Recht nicht mehr. Sondern nur das aus dem Ver-

mögen des Erblassers an den Collationspflichtigen Gekommene wird eingeworfen, wenn es noch vorhanden, oder[1] durch seine Schuld verloren gegangen ist. Und zwar muß es unentgeltlich erworben sein. Neuere Schriftsteller, namentlich Francke,[2] haben behauptet, das alte Recht hinsichtlich der Emancipati gelte noch insofern, als diese den Usus fructus des Erwerbs conferiren müßten, der zu den Adventicien gehört haben würde, wenn sie noch in väterlicher Gewalt geblieben wären. Dies sei der Erbschaft dadurch, daß sie von der väterlichen Gewalt befreit worden wären, entzogen. Dies könnte aus der neuen Basis der Collation so begründet werden, daß man sagte, der Vater habe dem Emancipirten durch die Emancipation den Nießbrauch gegeben, (es sei also etwas aus dem Vermögen des Erblassers an ihn gekommen). Das Ganze ist aber eine unpraktische Subtilität. Bei der Collation ist es nie auf eine vollständige, genau berechnete Gleichmachung abgesehen worden, es sollten nur die hauptsächlichsten Ungleichheiten ausgeglichen werden. Wollte man jenes Princip aufstellen, so dürfte man auch dabei nicht stehen bleiben, sondern müßte z. B. in Anschlag bringen, daß der Suus vielleicht länger in des Vaters Brod geblieben ist. Bei dergleichen Bestimmungen giebt es eine Gränze, welche der praktische Verstand nicht überschreitet.

Aber nicht Alles, was ein Kind vom Vater empfangen hat, muß conferirt werden, sondern es muß eine der folgenden Voraussetzungen hinzukommen. Conferirt wird

1) was nach rechtlicher Vorschrift als Collationsgegenstand bezeichnet ist. Siehe Note b des Lehrbuchs;

2) was der Geber selbst zum Collationsgegenstand gemacht hat, durch die Bestimmung, daß es künftig conferirt werden solle.

Diese Bestimmung muß er gleich bei dem Geben getroffen haben. Schenkungen ohne diese Verfügung, simplices donationes, brauchen nicht conferirt zu werden. Daher wird die Regel gegeben: das wird conferirt, was inter vivos gegeben in den Pflichttheil eingerechnet wird.[3] Nur wenn

---

1) (So nach mündlicher Verbesserung. Im Originalheft steht statt „oder" unrichtig „und nicht". Vgl. L. 2. §. 2. D. de coll. (37, 6.), Nov. 97. c. 6. A. d. H.)

2) Grundzüge der Lehre des Rechts von der Collation in den civ. Abhandl. (1826) Abhandl. 4.

3) Vergl. Note c des Lehrbuchs.

andere Kinder eine erhaltene Dos ꝛc. conferiren, dann müssen von Seiten der übrigen auch die simplices donationes conferirt werden.

Eine besondere Ausnahme bei den bona castrensia, welche nicht conferirt werden sollen, auch wenn sie vom Vater herrühren, bezieht sich auf das ältere Recht. Sie sind deswegen ausgenommen, weil bei ihnen kein Unterschied zwischen Suus und Emancipatus stattfand, und daher ist auch das Wegfallen dieser Ausnahme im neuesten Recht zu behaupten. Wenn also eine Sache nur sonst unter den Begriff eines Collationsgegenstandes fällt, so wird sie der Collation durch jene Eigenschaft nicht entzogen.

Der Erblasser kann also jede Gabe an seine Descendenten durch die Bestimmung, daß sie conferirt werden soll, zum Collationsgegenstand machen. Nur natürlich unentgeltliche Gabe und Liberalität vorausgesetzt. Doch kann er auch das zum Gegenstand der Collation machen, wozu er verpflichtet ist in Rücksicht darauf, daß andere Kinder nicht dergleichen von ihm erhalten. So kann er z. B. anordnen, daß dem Sohn die Studienkosten bei der künftigen Erbfolge angerechnet werden sollen, obgleich er sie zu leisten verpflichtet ist, sofern er einmal dem Sohn diese Erziehung bestimmt hat. So ist ja auch die Dos schon ein gesetzlicher Collationsgegenstand, obgleich eine Dotationspflicht besteht. — Die Anordnung muß aber bei der Schenkung selbst geschehen, geschieht sie erst in dem letzten Willen, so ist sie wie ein gewöhnliches Onus zu beurtheilen.

Die Neueren haben oft die falsche Regel aufgestellt, alles Empfangene sei Gegenstand der Collation. Davon machte man dann Ausnahmen, z. B. Alimente, Studienkosten, remuneratorische Schenkungen, Lösung aus der Gefangenschaft, was der Vater auch um seinetwillen gegeben hat, z. B. Hochzeitsschmaus, das mortis causa Gegebene. Dies ist eine unrichtige Theorie, vielmehr muß die Regel anders bestimmt werden. Nur das vom Erblasser Gegebene ist zu conferiren, aber keineswegs alles, sondern an und für sich vielmehr nicht, wenn nicht einer jener beiden Gründe: rechtliche Vorschrift, oder Bestimmung des Gebers, hinzukommt.

Art der Collation.

§. 514.

Das Resultat der Collation ist, daß die Erbschaft für die Collationsberechtigten vermehrt wird. Unter diesen ist auch der Collationspflichtige, er erhält also von dem, was er conferiren muß, wieder etwas heraus, braucht also von vorn herein nicht mehr zu conferiren, als nach Abzug seines Antheils übrig bleibt. Die Collation kann geschehen

1) Cautione, durch Realcaution, wodurch der Verpflichtete sich verbindlich macht, das zu Conferirende zu theilen. Dies geschieht namentlich, wenn die Berechnung noch Anstand hat, um die Erbtheilung nicht aufzuhalten.

2) Re, durch sofortige, wirkliche Mittheilung. Es steht hier in der Willkühr des Pflichtigen, ob er

a) den Gegenstand selbst einliefern will, mit Abrechnung der Verbesserungen, und ohne daß die Früchte mit Ausnahme der aus der Zeit von der Delation des Erbrechts an stammenden restituirt zu werden brauchen;

b) den Werth des Gegenstandes nach demselben Maaßstab, und hier kann er ihn entweder wirklich einliefern oder von seiner Erbportion abziehen lassen.

Es kann sich ereignen, daß der Erbtheil geringer ist als das Collationsobject, daß also der Collationspflichtige mehr einwirft, als er nachher herausbekommt. Schützt gegen diesen Schaden das beneficium inventarii? Diese Frage ist entschieden zu verneinen, jenes liegt durchaus nicht in der Natur dieses Beneficiums.

Schutz des Erbrechts.

Hereditatis petitio.

Kläger und Beklagter.

§. 515.

Kläger mit der hereditatis petitio ist der Erbe, Intestaterbe und testamentarische Erbe, auch der Erbe gegen ein Testament, (hereditatis petitio qualificata). Die querela nullitatis der

Neueren bei Nichtigkeit des Testaments ist nichts als eine einfache hereditatis petitio ab intestato. Sie setzt den Erwerb des Erbrechts voraus, wie jede Klage den Erwerb des Rechts, auf welches sie sich gründet. Nicht bloß der heres ex asse hat sie, sondern auch der Erbe pro parte, (hereditatis petitio partiaria), ferner der bonorum possessor, (hereditatis petitio possessoria). Auch der Universalfideicommissar, (hereditatis petitio fideicommissaria), wer sonst loco heredis ist, (utilis hereditatis petitio).

Beklagter ist, wer eine Sache oder ein Recht aus der Erbschaft besitzt, aber nicht jeder Besitzer, denn nicht jeder Besitzer verletzt das Erbrecht. Nicht, wer titulo singulari (pro emtore, donato etc.) besitzt, (ein solcher kann nur mit der rei vindicatio belangt werden), sondern der pro herede oder pro possessore besitzt.

Pro possessore besitzt der praedo, welcher keinen wahren Titel hat und in mala fide ist, also 1) wer gar keinen Titel angiebt, 2) wer zwar einen angiebt, aber wissentlich einen falschen. Daher nicht jeder malae fidei possessor, dieser kann wirklich einen Titel haben, z. B. gekauft haben. Dann ist er nicht praedo. Der Beklagte kann angehalten werden, anzugeben, auf welchem Titel er besitzt, erklärt er sich nicht, so gilt er als praedo.

Pro herede besitzt vor allem wer Erbe zu sein behauptet. Ist ein solcher zugleich Erbschaftsschuldner, so kann er belangt werden, wenn er auch nichts von der Erbschaft besitzt, auf Bezahlung der Schuld, hinsichtlich deren er gleichsam als pro herede Besitzender betrachtet wird. Sodann wer als Universalfideicommissar oder als Käufer der Erbschaft besitzt, auch die, welche im Namen solcher Personen besitzen, da auch die Detentoren, (wie bei der rei vindicatio), belangt werden können. Endlich die Erben solcher Personen besitzen, wenn sie besitzen, auf dem Titel ihres Erblassers auch ohne ihr Wissen.

Der Grund, warum der Besitz jene causa voraussetzt, wodurch er von der rei vindicatio unterschieden, ist, daß nur unter dieser Voraussetzung der Besitz jener Personen eine Verletzung des Erbrechts ist.

Aber die hereditatis petitio hat bedeutende Ausdehnungen erhalten, von denen einige auch bei der rei vindicatio vorkommen, andere der hereditatis petitio eigenthümlich sind. Sie bestehen

im Allgemeinen darin, daß unter Umständen jemand der Klage haftet, der keine erbschaftliche Sache besitzt:

1) Personen, welche gar nicht besitzen, ficti possessores, (qui dolo desiit possidere, qui liti se obtulit), siehe oben bei der rei vindicatio.

2) Personen, die wenigstens keine erbschaftlichen Sachen besitzen. Dies ist der hereditatis petitio ganz eigenthümlich. Dahin gehört:

a) wer einen erbschaftlichen Gegenstand auf jene Weise besessen hat, und jetzt nicht mehr besitzt, aber noch etwas von seinem ehemaligen Besitz hat, noch bereichert ist, haftet auf die Bereicherung, wie wenn diese erbschaftliches Gut wäre. So haftet der Verkäufer auf den für die Sache erhaltenen Preis, und auf die mit Erbschaftsgeld gekauften Sachen, (pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii). Aber wenn er die Sache für sein individuelles Bedürfniß gekauft hat, haftet er auch auf den Preis, welchen er außerdem aus seinem eigenen Vermögen gegeben hätte.[1] Ferner muß er das von Erbschaftsschuldnern eingetriebene Geld herausgeben, (obgleich es nie erbschaftlich war). Dadurch hat die hereditatis petitio eine Beimischung von der Natur einer persönlichen Klage erhalten, sie geht auch auf praestationes personales. Diese Ausdehnung geschah durch das S. C. Juventianum, (siehe Note h des Lehrbuchs), [welcher Name aber bei den römischen Juristen nicht vorkommt]. Am vollständigsten drückt dies alles die in L. 28. D. de hereditatis petitione (5, 3) gegebene Regel aus, (siehe Note h des Lehrbuchs).[2]

---

1) (Die angeblich mündliche Paraphrase bei Parbs a. a. O. S. 101: „wenn er die Sache für sein individuelles Bedürfniß gekauft hat, (z. B. Consumtibilien), so hat der Kläger die Wahl, ob er die Sache oder den Preis haben will, weil Jener sonst den Preis aus seinem eigenen Vermögen hergegeben hätte, also nicht eigentlich um die Sache bereichert ist, sondern nur aus seinem Vermögen den Preis gespart hat", würde (die Aechtheit der Ueberlieferung vorausgesetzt), Einiges zu wünschen übrig lassen, z. B. daß der Käufer die Sache geben soll, um die er „nicht eigentlich" bereichert ist. Vergl. L. 25. §. 16. D. de H. P. (5, 3). A. d. H.)

2) L. 28. D. de H. P. (5, 3): Post Senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. (Die Behauptung im Text, daß die Ausdehnung auf die pretia erst durch das S. C. Juventianum geschehen sei, ist nicht richtig, sie findet sich lange vorher bei Labeo und anderen älteren Juristen (L. 18. 36. pr. D. eod.), sowie in der Oratio Hadrian's, (L. 22. D. eod.). Jenes Senatusconsult entschied nur bei Gelegenheit eines einzelnen fiscalischen Processes eine Reihe specieller Streitfragen: a) über die Zinsen vom Kaufpreis, b) über die Verpflichtung im Fall des Untergangs oder der Usucapion der Erbschaftssachen bei einem Dritten den Preis zu restituiren, c) über den dolus praeteritus, d) über die Früchte. Man

b) wer eine Sache besitzt, welche nicht erbschaftlich ist, für die aber der Erbe haften muß, z. B. deponirte Sachen, kann ebenfalls mit der hereditatis petitio belangt werden. Zu dieser Ausdehnung hat die Erwägung veranlaßt, daß der Erbe, da er für die Passiva vollkommen einstehen muß, billiger Weise auch die Activa vollkommen erhalten soll. Sie sollen ihm von Niemandem entzogen werden, welcher diese Haftung nicht hätte.

Die hereditatis petitio verjährt in 30 Jahren. Aber ist der Besitzer auch durch Usucapion geschützt? Eine außerordentliche Usucapion schützt ihn natürlich, weil hier auch die Klage verjährt ist, ferner die Usucapion aus einem singulären Titel, weil hier auch vor der Usucapion die hereditatis petitio nicht stattfindet, da der Usucapient schon durch den Titel geschützt ist. Die eigentliche Frage ist, ob die pro herede usucapio den Usucapienten schützt. Diese Usucapion ist ausgeschlossen

1) wenn sui heredes vorhanden sind, (weil es hier gewissermaaßen keine hereditas giebt, welche doch die Voraussetzung der usucapio pro herede ist, nach einer alten Auslegung der XII Tafeln: Si suus heres nec escit — als Bedingung für alle anderen Erben, also auch Usucapienten);

2) wenn der wahre Erbe schon im Besitz der Sachen war.

Außerdem findet sie statt, und bewirkt das Eigenthum. Allein damit ist jene Frage noch nicht entschieden. Die richtige Ansicht ist jedenfalls die, wonach diese Usucapion durch die hereditatis petitio rescindirt wird. Hadrian hat dies zuerst für die lucrative usucapio pro herede bestimmt, im justinianischen Recht ist dies ausgedehnt auf die mit bona fides, welche hier allein noch stattfindet. Es ist ausdrücklich in mehreren Stellen gesagt, daß die usucapio und longi temporis possessio nicht schützen sollen, (siehe Note i des Lehrbuchs). Zu diesen deutlich sprechenden äußeren Argumenten kommt aber noch ein innerer Grund hinzu. Jener Satz folgt von selbst daraus, daß die hereditatis petitio auf praestationes personales geht, eine Beimischung von einer persönlichen Klage hat, gegen welche Usucapion nicht schützen kann. Dieser Grund ist auch wirklich in

---

wollte die Umgehungen abschneiden, die das Senatusconsult über die Usucapion noch offen ließ, indem es die bonorum possessio nur gegen den Usucapienten, nicht gegen den Dritten gestattete, (Gai. II. §. 57): das Aufgeben des Besitzes und die Veräußerung. A. d. H.)

einer Stelle[3] angegeben; namentlich folgt er aber entschieden aus dem Grundsatz: omne lucrum auferendum esse tam bonae quam malae fidei possessori. Oben ist angegeben: der Grund sei, wer nicht haftet, soll auch nicht lucriren. Nach altem Recht, wo durch Usucapion jemand Erbe werden konnte, würde dieser Grund weggefallen sein. Nicht nach dem neueren Recht, wie es schon zur Zeit Hadrians galt.

Man hat sich dagegen auf eine Stelle[4] berufen, welche von einem Ausschluß der hereditatis petitio durch Zeitablauf spricht. Es steht nichts entgegen, dies von der dreißigjährigen Verjährung zu verstehen. Ja die gebrauchten Ausdrücke, (temporis prolixitas), deuten eher auf diese längere Zeit, als auf die kürzere der ordentlichen Usucapion. (Die L. 3. (ult.) C. de ed. D. Hadriani tollendo (6, 33.) unterscheidet vielleicht zwischen Usucapion und Ausschluß der hereditatis petitio. Daraus würde sich am Besten die Unhaltbarkeit des Arguments ergeben: also die Usucapion nicht zugleich Ausschließung der hereditatis petitio sein.)[5]

Beweis.

§. 516.

Drei Punkte sind es, welche möglicher Weise Gegenstand des Beweises sein können: a) der Erbfall, b) daß der Gegenstand ein erbschaftlicher ist, c) das Erbrecht des Klägers, hier aber regelmäßig nur die Delation.

Beruft sich der Kläger auf Intestaterbrecht, so muß er den Successionsgrund, z. B. Verwandtschaft beweisen. Das negative

---

3) L. 7. C. de H. P. (3, 31): Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit. L. 4. C. in quib. caus. cessat longi temporis praescriptio (7, 34.)

4) L. 3. in f. C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33): — nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio praestare vel ipsi qui missus est omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit, manifestissimum est non solum missionem, sed etiam ipsam principalem causam esse sopitam.

5) (Das Eingeklammerte ist eine Randbemerkung mit Bleistift, die der Verfasser selbst durch ein Fragezeichen als Hypothese bezeichnet hat. Vgl. Note i des Lehrbuchs a. E. A. d. H.)

Erforderniß, daß kein Testament vorhanden ist, braucht er nicht zu beweisen, ebenso nicht daß ihm kein Anderer vorgeht. Doch ist dies abhängig vom Beklagten und dessen Beweis. Er muß beweisen, daß er näheres, oder gleiches Intestaterbrecht wie der Beklagte, habe.

Beruft sich der Kläger auf ein testamentarisches Erbrecht, so muß er die Einsetzung in einem gültigen, also namentlich mit den gehörigen Solennitäten errichteten Testament beweisen. Bei schriftlichen Testamenten wird beides durch die Urkunde bewiesen, auch die Beobachtung der Solennitäten. Die Solennitäten, welche nicht aus der Urkunde hervorgehen, z. B. unitas actus, werden vermuthet, dagegen ist die Richtigkeit der Unterschriften, wenn sie bestritten wird, ein Gegenstand des Beweises, welcher durch Recognition der Zeugen, Aussage von zwei Zeugen, welche nicht Testamentszeugen zu sein brauchen, ferner durch Schriftvergleichung mit dem iuramentum suppletorium geführt werden kann, (denn die comparatio litterarum allein giebt nie einen vollständigen Beweis, sondern muß durch den Eid ergänzt werden). Ein Vorzug des schriftlichen Testamentes ist es, daß die Zeugen nicht mehr zu leben brauchen. Ist das Testament schriftlich errichtet, aber die Urkunde nach dem Tode des Testators vernichtet worden, oder sonst abhanden gekommen, so kann Inhalt und Solennitäten auf sonstige Art bewiesen werden, hier aber die Beobachtung aller Solennitäten im Einzelnen. Wäre die Urkunde schon vor dem Tode des Testators vernichtet gewesen, so muß überdies bewiesen werden, daß sie ohne Wissen und Willen desselben untergegangen ist.

Mündliche Testamente können bewiesen werden durch die in gehöriger Art darüber aufgenommene Beweisurkunde, siehe oben. Außerdem aber nur durch eidliche Deposition sämmtlicher sieben Testamentszeugen, wodurch der Beweis sehr schwierig wird. Viele ältere und neuere Juristen haben deshalb eine laxere Meinung aufstellen, und auch den gewöhnlichen Beweis zulassen wollen. Dies ist ganz unrichtig; man darf keinen Schluß von den schriftlichen Testamenten auf die mündlichen machen. Bei den schriftlichen Testamenten ist jener Beweis durch sämmtliche Zeugen nicht nothwendig, weil hier die Zeugen den letzten Willen schon durch ihre Unterschrift bekräftigt haben. Das Erforderniß der Zuziehung von sieben Zeugen wäre eine sehr illusorische Garantie,

wenn jene Meinung richtig wäre. In der Deposition liegt gerade die practische Bedeutung der Solennität. Eine vorausgehende Abhörung eines dem Tode nahen Zeugen ist möglich. — Eine andere Meinung (z. B. Thibaut, Glück ꝛc.) will einen Mittelweg einschlagen, indem sie eine Substituirung von Zeugen für Verstorbene gestattet, so daß immer sieben da sein müßten. Dies ist ganz willkührlich, solche Zeugen wären ja keine Testamentszeugen. [Nur der Testator kann dafür sorgen, wenn er mehr als sieben Zeugen bei der Testamentserrichtung zuzieht.]

Gegenstand.

§. 517.

Die Klage geht auf alles, was der Beklagte aus der Erbschaft hat. Dahin gehören auch die Klagen, welche ihm durch seinen Besitz geworden sind, z. B. das interdictum de vi, welche er also cediren muß.

Der Grundsatz, omne lucrum auferendum esse, hat einen bedeutenden Einfluß auf die Behandlung der Früchte, worin sich die hereditatis petitio von der rei vindicatio unterscheidet. Es gilt nämlich hier das Princip: Omnes fructus augent hereditatem. Daher lucrirt kein Besitzer die Früchte, auch nicht der bonae fidei possessor. So weit er dadurch bereichert ist, muß er sie restituiren, also auch die consumti unter dieser Voraussetzung. Bei dem malae fidei possessor fällt diese Voraussetzung der Bereicherung weg, er muß also die percepti schlechtweg erstatten, überdies auch die percipiendi. Zinsen von den erbschaftlichen Geldern giebt der bonae fidei possessor nur, so weit er dergleichen erhalten hat, und noch bereichert ist; der malae fidei possessor muß Zinsen geben, wenn er überhaupt das Geld gebraucht hat.[1]

Der bonae fidei possessor prästirt für die Zeit vor der litis contestatio keine culpa (quasi suam rem neglexit), wohl

---

1) (Dieser Satz pflegt abgeleitet zu werden aus L. 20. §. 14. D. de H. P. (5, 3), L. 62. pr. D. de R. V. (6, 1): — — de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur. — — Hier ist aber ein Nothpfennig gemeint, der überall nicht ausgeliehen wird: L. 79. §. 1. D. de leg. III. (32. un.). Vgl. v. Savigny, System Bd. 6. S. 151 f. Mithin muß der Besitzer in der Regel als Verwalter fremden Vermögens auch dann Zinsen zahlen, wenn er ein Kapital vernachlässigt, also dergleichen gar nicht eingenommen hat. A. d. H.)

aber der malae fidei possessor. Nach der litis contestatio ist zwischen bonae und malae fidei possessor nur der Unterschied, daß der malae fidei possessor sogar für den Zufall einsteht, also auch Verringerungen nach der Litiscontestation seine Leistungen nicht mindern.

So wie aber hinsichtlich der Früchte der Besitzer bei der hereditatis petitio schlechter steht, als bei der rei vindicatio, so besser hinsichtlich der Verwendungen. Da der bonae fidei possessor alle lucra herausgeben muß, so kann er auch alle Verwendungen ersetzt verlangen, durch exceptio doli, sogar die impensae voluptuariae. Dem malae fidei possessor müssen alle Verwendungen ersetzt werden, wodurch die Sache verbessert, der Kläger also bereichert ist. Sie werden also z. B. nicht ersetzt, wenn sie auf eine Sache gemacht sind, welche nicht mehr existirt, ferner, wenn sie sonst durch Zufall erfolglos geworden sind. — Wird der bonae fidei possessor, welcher Sachen aus der Erbschaft verkauft hat, wegen des Preises belangt, so muß ihm cavirt werden, daß der Käufer nicht die Evictionsklage gegen ihn anstellen werde, (sei es daß die Vindicationsklage des Erben, oder eines Anderen sie veranlaßt). Auch andere Lasten, welche der bonae fidei possessor für die Erbschaft auf sich genommen hat, müssen ihm abgenommen werden.

Ferner kann der Beklagte in Anrechnung bringen

1) was er den Gläubigern bezahlt hat. Nun ist aber streng genommen der Erbe nicht befreit, da der Beklagte suo nomine, also ein indebitum bezahlt hat, und dem bonae fidei possessor die condictio indebiti zusteht. Diese muß er dem Erben cediren, für den Fall, daß der Gläubiger den Erben wieder belangen sollte. Aber auch ohne dies hat der Erbe eine Exceptio gegen die Gläubiger, wenn er sie gegen die condictio indebiti des früheren Besitzers sicher stellt. Der praedo muß Caution leisten, daß das Bezahlte dem Erben nicht noch einmal von den Gläubigern abgefordert werde;

2) was er selbst von der Erbschaft zu fordern hat, der bonae fidei possessor schlechthin, auch bei einem naturale debitum, der praedo nur insofern es dem Erben vortheilhaft ist, die Schuld durch Compensation als gezahlt anzusehen, also nie bei einem debitum naturale.

Wer nur pro parte Erbe ist, fordert nur diesen Theil dessen, was der Beklagte besitzt. Der hierin liegenden Beschwerlichkeit kann durch Cession der Klage von Seiten der anderen Miterben abgeholfen werden.

Das Petitum ist also: daß Klägerm die Erbschaft ex testamento zuständig, (zum dritten Theil zuständig), daher Beklagter ihm dieselbe, (das von ihm besessene dahin gehörige Haus) (zum dritten Theil)[2] mit allen Früchten und Accessionen herauszugeben schuldig.

Verwaltung der Erbschaft während des Processes.

§. 518.

Siehe das Lehrbuch. — Auch der Kläger kann von den Gläubigern und Vermächtnißnehmern belangt werden, denn auch er behauptet ja Erbe zu sein. Ob er die Erbschaft factisch hat, ist gleichgültig, da er nicht erst dadurch jenen Personen verpflichtet ist.

Interdictum quorum bonorum.

§. 519.

Das interdictum quorum bonorum ist das Rechtsmittel, wodurch der Prätor seinen Erben den Besitz der Güter verschaffte, siehe oben. Man hat in neuerer Zeit behaupten wollen (Löhr), das interdictum quorum bonorum sei ursprünglich für die Civilerben eingeführt, und erst nachher auf den bonorum possessor ausgedehnt worden. Eine höchst verkehrte Ansicht. (Wie wenn Jemand sagte, der Runkelrübenzucker sei in den Ländern, wo das Zuckerrohr wächst, erfunden worden.)

Der Grund des Interdicts ist das prätorische Erbrecht. Wegen der Stelle Note c[1] des Lehrbuchs hat man behauptet, schon

---

2) (Parbs a. a. O. S. 102: „zum quoten Theil"; der Mehrzahl der Leser dürfte das Beispiel im Heft verständlich sein. A. d. H.)

1) L. 1. C. quorum bonorum (8, 2): Hereditatem eius, quem patrem tuum fuisse dicis petiturus iudicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

nach neuerem römischem Recht werde es auch dem heres gegeben, wenn er auch nicht bonorum possessio agnoscirt. Aber dies liegt nicht klar in der Stelle, vielmehr heißen die Worte: „hereditatem vel bonorum possessionem“ die hereditas oder vielmehr die bonorum possessio. Heutzutage allerdings ist es nicht auf den bonorum possessor beschränkt.

Die Praxis seit dem Mittelalter hat das interdictum quorum bonorum als provisorisches Rechtsmittel behandelt, durch welches man den Besitz der Erbschaft mittelst bloßer Bescheinigung des Erbrechts erlangen könne. Thibaut hat beweisen wollen, daß es diesen Charakter schon im römischen Recht gehabt habe, aber dieser Beweis ist völlig mißglückt. Es ist ganz gewiß, daß das Interdict im römischen Recht kein provisorisches Rechtsmittel war.[2]

Dies interdictum quorum bonorum ist ein interdictum adipiscendae possessionis und setzt daher voraus, daß der Kläger den Besitz (als Erbe) noch nicht gehabt hat. Sonst ist es nach Analogie der hereditatis petitio zu behandeln.

Man hat behauptet, es liege darin ein Unterschied von der hereditatis petitio, daß es nur die Sachen der Erbschaft zum Gegenstand habe, und daß jene Ausdehnungen der hereditatis petitio auf praestationes personales sich nicht auch auf dieses Interdict erstrecken, ebenfalls mit Berufung auf eine Stelle.[3] Aber es ist sehr zweifelhaft, ob diese Stelle jene Bedeutung wirklich habe; [auch ist es ziemlich gleichgültig, da in dieser Bedeutung das interdictum quorum bonorum ein antiquirtes Institut ist].

Nach der neuen Beschaffenheit des Interdicts als provisorischen Rechtsmittels ist aber jene in der Praxis angenommene Beschränkung entschieden beizubehalten. Es wäre ganz unzweckmäßig, dieses provisorische Rechtsmittel auch in Beziehung auf die Fälle zu geben, wo die hereditatis petitio den Charakter einer persönlichen Klage hat.

---

2) (Die L. 3. C. quorum bonorum (8, 2): — omnibus frustrationibus amputatis per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, secunda actione de proprietate non exclusa — dürfte ungeachtet der Versicherung im Text doch ein nicht zu verachtendes Argument für den provisorischen Character des Interdicts abgeben. A. d. H.)

3) L. 2. D. eod. (43, 2): Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

Provisorische Rechtsmittel des römischen Rechts.

§. 520.

Siehe das Lehrbuch.

Sie bestehen in einer Einweisung in die Erbgüter, ohne daß ein Erbrecht schon bewiesen oder vorhanden ist.

1) Im Fall einer Bestreitung des Erbrechts erhält der angebliche Erbe einen provisorischen Erbschaftsbesitz

a) ex L. ult. (3) C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33).

b) ex edicto Carboniano.

2) Im Fall einer sonstigen Ungewißheit des Erben

a) missio in possessionem ventris nomine,

b) missio in possessionem furiosi nomine.

1.

a. Remedium ex L. ult. C. de ed. D. Hadriani tollendo.

In einem Edict Hadrians war unter anderem verordnet, daß wer in einem äußerlich nicht mangelhaften Testament eingesetzt sei, innerhalb eines Jahres missio in possessionem solle erhalten, wenn er sogleich die vicesima entrichten wolle. Dies Edict hob Justinian auf, aber den angeführten Satz ließ er bestehen, nur mit Aufhebung der Voraussetzung der vicesima und der Beschränkung auf ein Jahr.

(Siehe den Satz im Lehrbuch). Wenn ein Anderer im juristischen Besitz der Güter ist, so hat er gegen diesen das remedium ex L. ult. C. de ed. D. Hadr. toll., wobei er unter jener Voraussetzung nur zu beweisen braucht, daß die Güter zur Zeit des Testators diesem gehört haben, wenn es bestritten wird. Ausgeschlossen ist es 1) in Beziehung auf die Sachen, die der Gegner titulo singulari besitzt, 2) wenn dieser pro herede usucapirt hat, 3) wenn die hereditatis petitio verjährt ist, 4) wenn der Gegner sein Recht in continenti beweisen kann. Dem Unterliegenden bleibt die hereditatis petitio vorbehalten.

b. Erbschaftsbesitz ex edicto Carboniano.

Wenn einem unmündigen Kind des Erblassers die Kindschaft bestritten wird, soll diese Untersuchung und Entscheidung

aufgeschoben werden bis es mündig ist, (wie bei der Untersuchung über den status), es wäre denn, daß der Prätor es für vortheilhafter für den impubes hielte, daß die Untersuchung gleich jetzt geführt wird. Hängt nur sein Erbrecht von dem Ausgang dieses Streits ab, so wird dem Kind einstweilen causa cognita durch Decret bonorum possessio ertheilt, wie wenn der Streit nicht bestände. Dies der Inhalt des edictum Carbonianum.

Die causae cognitio hat zum Gegenstand 1) ob nicht schon offenbare Beweise gegen das Kind vorhanden sind; hier ist die bonorum possessio schlechterdings zu verweigern, z. B. die Unterschiebung zu erweisen; 2) ob es nicht vortheilhafter für den Unmündigen ist, den Streit jetzt gleich zu führen.

Hiernach wird durch Decret die bonorum possessio gegeben, die für den Fall paßt, die ohne Streit agnoscirt werden könnte, contra tabulas, intestati, auch secundum tabulas, wenn nur auch hier das Erbrecht von der Kindschaft abhängt, so daß es sofort Erbe ist, so wie es Kind ist, ohne dies nicht. Irgend eine bonorum possessio muß sofort agnoscirt werden.

Die Wirkung ist: Besitz der Güter mit Alimenten nach Beschaffenheit des Vermögens, die auf keinen Fall ersetzt zu werden brauchen. Leistet er Caution, so hat er nach der Mündigkeit den Vortheil, Beklagter zu sein.

Zuweilen erhält der Unmündige diese Vortheile nicht allein sondern mit Anderen: 1) immer wenn andere Kinder des Erblassers mit ihm concurriren, 2) wenn sein Gegner ein extraneus ist, dann mit diesem wenn der Pupill nicht Caution durch Bürgen leistet. Satisdirt hier der Gegner, so erhält dieser die Verwaltung. Außerdem wird ein curator bonorum bestellt.

Nach jetzigem Recht braucht man keine bonorum possessio zu agnosciren, sondern das Erforderniß ist nur ein Erbrecht, was von der Kindschaft abhängt. Dann ist auf jenen interimistischen Erbschaftsbesitz zu erkennen. Sonst aber sind durchweg die vorgetragenen Grundsätze geltend.

2.

a. Missio in possessionem ventris nomine.

Siehe das Lehrbuch. Sie findet Statt, wenn der Erbe noch nicht geboren ist.

Der venter muß Intestaterbe oder testamentarischer Erbe des Erblassers sein im Fall er geboren wird. Nicht nothwendig Kind des Erblassers, daher nicht bloß die Ehefrau des Erblassers dieses Recht hat. Aber eine andere, wenn der venter eingesetzt ist, hat das Recht nur, im Fall sie dieser Alimente bedürftig ist, zu ihrer Sustentation.

Wird dem venter das künftige Erbrecht bestritten, so kann die missio nur für den verlangt werden, der die bonorum possessio ex edicto Carboniano hat und nur nach causae cognitio. Dabei ist auch die Vorschrift des S. C. Plancianum zu beobachten, vgl. §. 430 des Lehrbuchs. Ein Nichtdescendent verlangt hier nie die missio.

Der Gegenstand der missio richtet sich nach dem künftigen Erbrecht des venter, hierdurch wird der Theil der Güter bestimmt, in den sie geschieht. Den Gütern wird ein Curator gegeben, siehe oben.

Die Alimente mindern die Erbschaft wie aes alienum, sie müssen nur ersetzt werden von der Frau, wenn sie in mala fide war. In diesem Fall kann auch sofort auf Herausgabe gegen sie geklagt werden.

b. Missio in possessionem furiosi nomine.

Ein Furiosus kann das ihm deferirte Erbrecht nicht erwerben, Niemand für ihn, weil kein Erwerb durch Stellvertreter möglich ist. Ob bonorum possessio, die durch einen Procurator agnoscirt werden kann, von dem Curator oder Vater erbeten werden könne, scheint unter den römischen Juristen streitig gewesen zu sein. Auf jeden Fall eine interimistische, die wegfiel, wenn der Furiosus nicht bis zu seinem Tod in den Zustand kam, sich selbst zu erklären. Sie erforderte auch stets ein Decret. Agnoscirte der Curator nicht, so kam der nächste daran, aber auch nur interimistisch, unter jener Voraussetzung.

Justinian machte darin folgende Aenderung, siehe das Lehrb. Der Curator soll, wenn dem Furiosus eine Erbschaft oder Vermächtniß anfällt, einen interimistischen Güterbesitz nachsuchen. Die Güter kommen in die Verwaltung des Curator, der Furiosus erhält Alimente daraus. Gesundet der Wahnsinnige, so soll er sich erklären, stirbt er im Wahnsinn, so fallen die Güter an die,

welche sie ohne ihn gehabt hätten. Die Delation an sie aber wird beurtheilt nach der Zeit des Todes des Wahnsinnigen.

Von der Veräußerung der Erbschaft.

§. 521.

Eine Erbschaft kann von dem Erben im Ganzen veräußert werden. Der Gegenstand der Veräußerung ist das, was der Erbe als solcher erworben hat oder noch erwerben wird. Davon sind die erbschaftlichen Lasten abzuziehen, denn der Erbe hat die Erbschaft, also die Güter, wie er sie als Erbe erworben hat, veräußert. Dagegen muß er dem Käufer präſtiren, was er veräußert, verkauft oder verschenkt hat, also alles, was der Verkäufer als Erbe erhält, auch wenn es erst an seine Erben käme, ebenso, was durch seinen dolus oder culpa lata nicht an ihn gekommen ist.

Sehr streitig ist, ob die accrescirende Portion ebenfalls an den Käufer falle? Sie accrescirt dem Verkäufer, denn dieser ist Erbe. Aber kann der Käufer sie fordern? Bei jedem Kauf fragt es sich in Beziehung auf den Gegenstand 1) was ist mit verkauft? (von dem, was zur Zeit des Kaufs zur Sache gehört), 2) was fällt an den Käufer als (nachher eintretendes) commodum rei?

Die Frage der accrescirenden Portion ist lediglich nach 1) zu beantworten, nicht nach 2). Nach 2) bekäme der Käufer die accrescirende Portion nicht, denn das Princip ist: es fällt ihm zu, was ihn getroffen hätte, wenn die Erfüllung mit der Entstehung der obligatio geschehen wäre. Das kann man von der accrescirenden Portion nicht sagen. Sie ist keine Accession des Erbtheils, sondern des Erbrechts, der Eigenschaft als Erbe. Hätte der Käufer das Gekaufte sogleich bekommen, so hätte er die accrescirende Portion nicht mit erhalten.

Die ganze Frage ist eine factische. Es ist beim Erbschaftskauf zu vermuthen, daß alles mit verkauft ist, was an den Verkäufer als Erben kommt, und dahin gehört auch die accrescirende Portion, non minus iuris apud emtorem, quam apud heredem futurum esset.[1] Anders freilich, wenn er sein Erbtheil veräußert hätte.

---

1) (L. 2. pr. D. de hereditate vel actione vendita (18, 4). A. d. H.)

Gegenstand der Veräußerung ist das Ganze, daher Eviction einzelner Sachen nicht zu prästiren.

Die Wirkungen der Veräußerung sind:

1) Der Verkäufer bleibt Erbe, er haftet als solcher. Für Dritte, Gläubiger und Legatarien hat die Veräußerung an sich keine Wirkung. Die Klagen gegen die Erbschaftsschuldner hat der Käufer nur als cedirte; dadurch unterscheidet sich die Veräußerung einer erworbenen Erbschaft von der Veräußerung der Delation von Seiten eines Intestaterben, ehe er erworben hat. Letzteres ist eine Transmission der Delation an den Käufer, wodurch dieser Erbe wird. Siehe oben §. 503. — Eine Ausnahme tritt ein beim Fiscus, wenn dieser eine Hinterlassenschaft, welche ihm als Erbschaft oder bonum vacans zugefallen ist, im Ganzen veräußert. Er wird durch die Veräußerung schlechthin befreit, und der Käufer tritt in seine Stelle ein, also wie bei der Cession eines noch nicht erworbenen Erbrechts.

2) Unter den Contrahenten wird die Sache so beurtheilt, als wenn der Verkäufer nicht mehr Erbe wäre, sondern der Käufer. Diesen trifft daher das damnum ex hereditate, dessen Erstattung der Verkäufer von ihm fordern kann. Der Käufer muß daher auch die confundirten Forderungen des Erben gegen den Erblasser auf sich nehmen, eben so die confundirten Servituten.

Fünftes Kapitel.

Von den Vermächtnissen.

Möglichkeit des Vermächtnisses.

§. 522.

Begriff des Vermächtnisses, siehe oben §. 452.

Unterschied der Vermächtnisse von der mortis causa capio, siehe unten §. 525. Das Vermächtniß hat eine Voraussetzung, die es von der mortis causa donatio unterscheidet, die Existenz eines Erben oder der loco heredis ist, [wie z. B. bei bona va-

cantia der Fiscus], die erbrechtliche Singularsuccession ist nur möglich in Voraussetzung einer erbrechtlichen Universalsuccession. Die Möglichkeit des Vermächtnisses hängt ferner von der Fähigkeit der Personen ab. Die Grundsätze von der Fähigkeit, Erben zu ernennen und zu Erben ernannt zu werden, gelten auch von Vermächtnissen. Wer nicht zum Erben ernannt werden kann, kann auch nicht mit einem Vermächtniß honorirt werden. [Nur ein Erforderniß hat das Vermächtniß nicht, daß der Vermächtnißnehmer zur Zeit des Todes des Erblassers schon in rerum natura gewesen sei, wie beim Erben gefordert wird, siehe oben]. Die Fähigkeit ein Vermächtniß zu nehmen, muß vorhanden sein zur Zeit der Errichtung und zu der Zeit, wo dies legati cedit, (Tod des Erblassers oder Existenz der Bedingung).[1]

Ueber die Gültigkeit der Vermächtnisse kommt in unserem Recht eine allgemeine Regel vor, welche von Cato herrührt: Ein Vermächtniß, welches unwirksam gewesen sein würde, wenn der Testator gleich nach der Errichtung gestorben wäre, wird nicht gültig dadurch, daß er später gestorben [und die Möglichkeit unterdessen eingetreten] ist. So kann man dem Sclaven des Erben kein Vermächtniß geben, auch wenn sich später die Umstände ändern, nicht dem Legatar seine eigene Sache vermachen, nicht Sachen legiren, welche mit einem Haus verbunden sind, [auch wenn sie nachher getrennt worden wären].

Der Legatar müßte also das Legat erwerben, wenn der Testator gleich bei der Errichtung gestorben wäre. Eben darum kann die regula Catoniana nur Anwendung finden auf solche Vermächtnisse, welche zur Zeit des Todes erworben werden, nicht auf solche, die ihrer Natur nach nicht zu dieser Zeit, sondern später erworben werden, also nicht auf bedingte.

Nun giebt es aber Vermächtnisse, welche zur Zeit des Todes erworben werden und doch von der regula Catoniana ausgenommen werden müssen. In sofern diese unter jene Regel fallen würden, (was nicht von jenen bedingten gilt), wird davon gesagt, quae definitio in quibusdam falsa est. Dies sind Vermächt-

---

1) Vgl. L. 59. §. 4. D. de hered. inst. (28, 5): Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit, redierit; aut, si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio exsistit. Idem et in legatis et in bonorum possessionibus.

nisse unter einer Bedingung, welche aber schon vor dem Tode des Erblassers erfüllt sein muß; diese sind auszunehmen, weil sie sonst unmöglich wären.

Häufig wird unter die regula Catoniana der Fall gerechnet, wenn der Legatar die testamentifactio nicht hat. Hier, behauptet man, sei das Vermächtniß ungültig wegen der regula Catoniana. Wäre dies richtig, so müßte man einem Unfähigen ein bedingtes Vermächtniß hinterlassen können, was ganz unrichtig ist. Auch bei bedingten Legaten ist die testamentifactio zur Zeit der Errichtung nöthig, ja sie können selbst nicht unter der Bedingung des Fähigwerdens gegeben werden, wie oben beim Erbrecht. Die regula Catoniana bezieht sich nicht auf die Ungültigkeit wegen eines solchen wesentlichen allgemeinen Erfordernisses, sondern wegen anderer Umstände, welche die Erwerbung eines Vermächtnisses ausschließen. Siehe die obigen Fälle.

Mehrere Juristen behaupten, diese Regel sei schon im Justinianischen Recht aufgehoben und gelte daher nicht mehr. Als Grund führen sie an, die Regel habe nicht gegolten bei Fideicommissen, durch die Verschmelzung dieser mit den Legaten sei sie auch für letztere weggefallen. Dies ist unrichtig. Allerdings spricht die regula Catoniana nicht von Fideicommissen. Damit ist aber nicht gesagt, daß nicht ihr Inhalt auch von Fideicommissen gilt. Nur dadurch war ihre Anwendung für Fideicommisse beschränkt, daß diese formlos errichtet werden konnten. War daher das Fideicommiß bei seiner ersten Errichtung unwirksam, so war es doch gültig, wenn der Testator nach Veränderung der Umstände bei seinem Willen geblieben war.[2] Gerade diese Formlosigkeit ist im Justinianischen Recht aufgehoben, und dadurch die Anwendbarkeit der regula Catoniana wie bei Legaten vermittelt. Dazu kommt noch 1) daß der Inhalt der regula Catoniana auf Fideicommisse ausdrücklich angewendet wird, 2) daß die regula Catoniana in den Institutionen und Digesten häufig erwähnt wird, ohne ihre Aufhebung mit einem Wort anzudeuten, ja daß ihr sogar ein eigener Titel in den Digesten,[3] in der Lehre von den Legaten und Fideicommissen eingeräumt ist, was sich bei einer abgeschafften Regel nicht denken läßt.

---

2) L. 1. §. 1. D. de legatis III. (32. un.)
3) (Tit. Dig. XXXIV. 7: de regula Catoniana. A. d. H.)

Errichtung der Vermächtnisse.

Form.

§. 523.

Drei Rechtsgeschäfte giebt es, wodurch Vermächtnisse errichtet werden können: Testamente, Codicille, formlose Erklärung an den Onerirten.

Von Codicillen.

Die Form der Codicille ist im Ganzen die der Testamente, (von denen sie sich im Inhalt dadurch unterscheiden, daß sie keine Erbeinsetzung enthalten). Oeffentliche Codicille unterscheiden sich in der Form gar nicht von öffentlichen Testamenten. Bei Privatcodicillen sind, anders als bei Testamenten, nur fünf Zeugen erforderlich. Diese Zeugen müssen die Eigenschaften von Testamentszeugen haben, (es ist unrichtig, wenn manche Praktiker Frauenspersonen haben zulassen wollen). Sie sind Solennitätszeugen, nicht bloß zum Beweis; daher müssen sie rogati sein und freiwillig zeugen, wie bei Testamenten. Ebenso ist unitas actus erforderlich. Bei mündlichen Codicillen muß der letzte Wille vor den Zeugen erklärt, schriftliche müssen vom Testator geschrieben oder von ihm unterschrieben werden. Mehrere sind anderer Meinung wegen L. 6. §. 2. D. de iure codicillorum (29, 7), (Note b des Lehrbuchs);[1] aber damals existirte noch gar keine Solennität, also ist die Stelle nur als eine historische Aeußerung zu betrachten, [während die Coderstelle über die Codicille[2] das Richtige ergiebt]. Bei einem Blinden ist ein Notar oder ein sechster Zeuge hinzuzuziehen, wie bei Testamenten ein octavus subscriptor. Ebenso ist auch Unterschrift der Zeugen erforderlich, aber keine signatio. Die Codicille haben daher alle Erfordernisse von Testamenten, und unterscheiden sich nur dadurch, daß sie eine geringere Zahl von Zeugen verlangen, und die signatio bei schriftlichen wegfällt.

Welchen Einfluß aber hat auf die Form der Umstand, ob das Codicill im Testament erwähnt und bestätigt ist, oder nicht? Viele Juristen sind der Meinung, codicilli testamento confir-

1) L. 6. §. 2. D. de iure codicillorum (29, 7): — valent — codicilli licet neque ab eo signati, neque manu eius scripti fuerint.

2) L. 8. §. 3. C. de codicillis (6, 36), L. 28. §. 1. C. de testam. (6, 23).

mati bedürften gar keiner Form. Aber die Confirmation könnte ein Ersatz der Solennität nur dann sein, wenn sie auf eine Weise geschehen wäre, daß über den Willen des Testators im Codicill gar kein Zweifel möglich ist. Also eine Beglaubigung ihres Inhalts, (nämlich im allgemeinen), im Testament. So namentlich wenn der Testator ein schon errichtetes Codicill bestätigt, über dessen Identität kein Zweifel ist.

Vom s. g. fideicommissum heredi praesenti iniunctum.

Wenn ein Vermächtniß weder durch Testament noch durch Codicill, also weder vor sieben noch vor fünf Zeugen errichtet ist, oder der Vermächtnißnehmer dies nicht beweisen kann, so kann dieser sich darauf berufen, daß der Erblasser dem Onerirten, (Erben oder Vermächtnißnehmer) es ohne Form anbefohlen habe, wenn er es auf den Eid des Onerirten stellen will. Schlägt der Vermächtnißnehmer diesen Weg des Beweises ein, so soll die formlose Errichtung nicht schaden, weil hier die vollkommene Gewißheit über den Willen des Testators ebenso erreicht werden kann, als durch jene Form. Nur muß der Kläger vorher das iuramentum calumniae schwören. In dieser Art ist also noch eine formlose Errichtung möglich. Der Eid ist keine Solennität, nur setzt die Art und Weise der Beglaubigung voraus, daß das Vermächtniß dem Onerirten aufgetragen worden ist. Bloß über das letztere kann ihm der Eid deferirt werden.

Der Name fideicommissum heredi praesenti iniunctum ist ganz unpassend, 1) ist die praesentia nicht nothwendig, auch ein brieflicher Auftrag reicht hin, 2) ein solches Vermächtniß kann nicht bloß dem Erben, sondern jedem, der etwas aus der Erbschaft empfängt, auferlegt werden.

Zwei Controversen:

1) Kann der Erbe den Eid referiren? weil der Eid schlechthin als Surrogat für die Solennitäten vorgeschrieben ist. Aber der Eid des Deferenten wäre ja auch ein Eid. Deshalb lassen Viele die Eidesrelation zu. Dies ist unrichtig. Grund: der Deferent könnte nicht mehr beschwören, als er von der Sache weiß, und das hat er schon im iuramentum calumniae beschworen. Wenn also der Delat nicht schwört, so wird das Vermächtniß als bestehend angenommen. Dies ist auch ganz gegründet bei unserer Voraussetzung, daß es dem Onerirten selbst aufgetragen ist.

2) Kann ein anderer Beweis substituirt werden? Keineswegs, Justinian schließt ihn ausdrücklich aus, nur der Eid soll fünf Zeugen gleich sein. Dies betrifft jedoch nur die Frage: ob? (die Existenz des Vermächtnisses). Wohl aber kann die Frage: wie viel? (der Betrag) durch die gewöhnlichen Beweismittel entschieden werden. Wenn nun kein anderes Beweismittel vorhanden ist, und der Erbe nicht schwört, so bleibt nichts übrig, als das wie viel der arbiträren Bestimmung durch den Richter anheimzugeben.

Inhalt der Vermächtnisse.

Personen.

Vom Onerirten.

§. 524.

Der Onerirte ist der, dem die Prästation des Vermächtnisses auferlegt ist. Zwei Fragen sind zu trennen:

1) Wer kann onerirt werden?

2) Wer ist onerirt?

Onerirt werden kann vor allem der Erbe und wer loco heredis ist, z. B. der Fiscus. Hat der Testator Niemanden genannt, so sind seine Erben onerirt pro rata ihres Erbtheils; keiner haftet für den anderen. Bei untheilbaren Gegenständen jedoch in solidum, wobei der Zahlende den Regreß [pro rata] gegen die Anderen hat. [Diese Verpflichtung der Erben gilt, wenn der Testator sie nicht namentlich onerirt hat. Ein Zweifel kann hier entstehen durch die Note b des Lehrbuchs abgedruckte Stelle. Wenn der Testator mehrere Erben namentlich onerirt hat, so haften sie zu gleichen Theilen, ohne Rücksicht auf die Größe ihres Erbtheils, denn die Erben sind hier nicht bloß als Erben obligirt, sondern durch die specielle Anordnung des Testators].[1] Mehrere alternativ Onerirte sind Correalschuldner.

---

1) L. 54. §. 3. D. de leg. I. (30. un.): Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias. — L. 124. eod.: Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. — L. 17. D. de duob.

Sodann kann aber auch jeder onerirt werden, der durch den Erblasser etwas erhält 1) aus dem Vermögen desselben als Liberalität, sei es daß er wirklich etwas erhält, oder von einer Verbindlichkeit befreit wird, sei es unmittelbar oder mittelbar, daher auch den Erben des Erben ein Vermächtniß auferlegt werden kann; 2) nicht aus dem Vermögen des Erblassers, aber doch durch eine Disposition desselben, so wer implendae conditionis causa etwas erhält.

Der Onerirte ist nicht weiter onerirt, als er honorirt ist. Doch werden die Zinsen dazu gerechnet, wenn er die Summe eine Zeit lang behalten darf. Läßt sich beides nicht genau abrechnen, (bei ungleichartigen Gegenständen), so wird der Onerirte durch Annahme seiner Zuwendung schlechthin verpflichtet.

Vom Honorirten.

§. 525.

Aus einer letztwilligen Disposition können Mehrere Vortheil haben, z. B. wenn der Testator verfügt, die Schulden, welche A an B hat, sollen bezahlt werden, ferner, wenn ein Vermächtniß implendae conditionis causa auferlegt worden ist. Nicht jeder, der einen Vortheil zieht, ist nothwendig auch honorirt, und nicht jeder Honorirte ist Vermächtnißnehmer.

Der allgemeinste Begriff der Zuwendung ist mortis causa capio, jeder Vortheil, den jemand durch den Tod eines Anderen oder durch den Umstand erhält, daß der Erblasser beerbt wird.

---

reis (45, 2): Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est cum omnes heredes nominantur. Die beiden ersten Stellen sind im Widerspruch gegen die dritte, und man hat vergeblich versucht, dieselben zu vereinigen. Die Entscheidung der beiden ersten Stellen, daß die Erben zu viriles partes haften, ist offenbar die consequente. Die Erben sind hier nicht bloß als Erben, sondern durch die specielle Anordnung des Testators obligirt. Anders wo sie ipso iure haften, da sind sie nur obligirt insofern sie Erben sind, also auch soweit sie Erben sind. Die dritte Stelle beruft sich dagegen darauf, daß hereditas eos obligat, aber doch nicht schlechtweg, denn wenn dies wäre, so müßten ja alle obligirt sein. Es ist hier jedenfalls eine Antinomie anzunehmen, und gegen die letzte Stelle zu entscheiden. (Schon die Stellung im Titel de duobus reis deutet an, daß durch die Worte pro hereditariis partibus gar nicht die Verpflichtung nach der Kopfzahl, sondern bloß die Correalobligation mehrerer Erben geläugnet werden soll. Vgl. den Zusatz zu Note b des Lehrbuchs. A. d. H.)

So was Jemand conditionis implendae causa erhält, ferner die mortis causa donatio. Insonderheit braucht man den Namen für die Fälle, wo die Zuwendung kein Vermächtniß ist, obgleich auch dieses unter den Begriff der mortis causa capio fällt.

Ein speciellerer Begriff ist der des Honorirens.

Honorirt ist jeder, dem der Erblasser einen Vortheil zuwendet. Darin liegt zweierlei 1) Verschaffung eines Vortheils, 2) darauf gerichtete Absicht des Erblassers. Eine Honorirung liegt also nicht vor, wenn eine letztwillige Disposition Jemandem einen Vortheil verschafft, ohne daß die Intention des Testators darauf gerichtet war, z. B. der Ehegatte, die Kinder ꝛc. (bei convalescirender Schenkung durch Stillschweigen) sind honorirt. Aber nicht jeder Honorirte ist Vermächtnißnehmer.

Noch specieller ist der Begriff des Vermächtnisses.

Dies ist nur die Zuwendung, wenn der Honorirte aus der Erbschaft, oder durch den Erben oder Vermächtnißnehmer, nachdem diese es geworden sind, etwas erhalten soll. Daher ist auch das ein Vermächtniß, was Jemandem durch einen einem Anderen auferlegten modus zukommt, nicht was Jemand implendae conditionis causa erhält, [denn das muß er bekommen, bevor jener sein Recht erwirbt]. Lediglich nach diesem Inhalt ist zu entscheiden, ob die Zuwendung ein Vermächtniß ist, oder nicht, da keine bestimmten Formen mehr nothwendig sind. Sind mehrere durch solche Dispositionen in Vortheil gesetzt, so kommt alles auf die Absicht des Erblassers an, welchen er unmittelbar honoriren wollte. Z. B. der Erbe soll eine fremde Schuld bezahlen; ist der Schuldner, oder ist der Gläubiger Vermächtnißnehmer, oder alle Beide? Diese Frage ist darum wichtig, weil dadurch das Recht, von dem Onerirten die Ausführung des Vermächtnisses zu fordern, sich entscheidet.

Von Prälegaten.

§. 526.

Die Erben können selbst Vermächtnisse erhalten. Ist eine bestimmte Person belastet, so ist eine solche Zuwendung ein gewöhnliches Vermächtniß, geschieht es ohne Bestimmung eines Onerirten, so heißt sie Prälegat, praeceptio. Wird nun der Prälegatar nicht Erbe, so erhält er das Prälegat ganz, ebenso

wenn er als suus abstinirt. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn die Intention des Erblassers bewiesen werden kann, daß er es nur als Erbe haben sollte. Hier verliert er es auch, wenn er durch den Universalfideicommissar sich zum Antritt hat nöthigen lassen. Immer ist aber zwischen Erbeinsetzung und Prälegat der Zusammenhang, daß die Bedingung für jene im Zweifel auch für dieses gilt.

Wird der Prälegatar Erbe, so confundirt das Prälegat zu seinem Erbtheil. Dasselbe Resultat tritt ein, wenn er vor der Erwerbung des Erbrechts stirbt, nach dem dies legati cedens, er transmittirt hier das Legat auf seine Erben, aber nur den nicht confundirten Theil. — Was confundirt, hat er als Erbe, nicht als Legatar. Er erwirbt diesen Theil des Legats nicht. Folgen dieses Grundsatzes sind: 1) Ist der Prälegatar als Collegatar mit einem Anderen bedacht, so tritt hinsichtlich des Theils, den er nicht erwirbt, Accrescenz an den Anderen ein. 2) Wenn er die Erbschaft als Fideicommiß restituirt, so behält er sein Prälegat, aber nicht den confundirten Theil, sondern nur, was ihm die Miterben prästiren.

In einem Fall tritt eine Modification jenes Princips ein. Wenn ein Prälegatar seinen Erbtheil als indignus verliert, so müßte jener confundirte Theil des Legats nach dieser Consequenz dazu gerechnet werden. Hier wird jedoch entschieden, daß er das Legat ganz bekommt, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre. Der Grund ist, er soll nach dem Willen des Testators doch das Ganze haben, der es ihm zudachte, nicht der ereptor, den er nicht bedacht hat.

Das Prälegat ist ein Legat, daher abgesondert von der Erbportion. Deshalb wird die Haftung des Prälegatars als Erbe nicht durch das Prälegat vermehrt. Der in die Erbportion Substituirte ist nicht auch eo ipso in das Prälegat substituirt. Die Antheile an der Erbschaft sind nicht auch die des Prälegats; wenn mehreren Erben zusammen ein Gegenstand prälegirt worden ist, so ist er es zu gleichen Theilen. Dennoch bewirkt der Zusammenhang, in den das Prälegat mit der Erbfolge gesetzt ist, daß dasselbe bei der Erbtheilung zur Sprache kommt, es ist etwas, was der Erbe im Voraus erhalten soll, es wird daher mit der actio familiae erciscundae geltend gemacht.

Von successiven Vermächtnissen.

§. 527.

Successive Vermächtnisse nennt man die, welche successiv an mehrere Vermächtnißnehmer kommen sollen, (es ist dies also eine fideicommissarische Substitution, jeder soll das Vermächtniß haben, aber einer nach dem anderen). Ein solches Vermächtniß kann durch namentliche oder durch generelle Bezeichnung der Personen hinterlassen werden. Zu der letzteren Art gehören die Familienfideicommisse. Fideicommissum familiae relictum ist jedes Fideicommiß, bei dem der Honorirte durch die Eigenschaft als Familienglied bestimmt ist, sei es, daß dies alle Familienglieder sind, oder nur einige oder eines, und hier entweder Wahl des Onerirten oder eine vom Testator vorgeschriebene Ordnung eintreten soll. Ein solches Familienfideicommiß kann nun 1) ein gewöhnliches Vermächtniß sein, ein einzelnes, 2) ein wiederholtes, successives, sei es auf eine bestimmte Anzahl von Restitutionsfällen beschränkt, oder unbeschränkt, (immerwährendes Familienfideicommiß). Bloß die Fälle der zweiten Art werden in Deutschland unter Familienfideicommissen verstanden.

Das Recht zu diesen Fideicommissen wird bedingt durch das Gehören zu der Familie, der es hinterlassen ist. Die Familie ist die des Testators, wofern nicht eine andere Familie genannt ist. Möglicher Weise können auch mehrere Familien verbunden sein. Familie ist im natürlichen Sinne zu nehmen, die Descendenten der Person, deren Familie das Fideicommiß bestimmt ist. In Ermangelung eines solchen der Gatte eines verstorbenen Descendenten.

Hat der Testator keine nähere Bestimmung getroffen, als die, daß das Gut in seiner Familie bleiben soll, so kann der Inhaber des Fideicommisses die Person aus der Familie wählen. Thut er es nicht, oder veräußert er das Fideicommiß, so tritt der Nächste ein, oder auch alle Familienglieder, wenn dies Letztere der Wille des Testators ist. Die Wahl geschieht aber auch stillschweigend dadurch, daß der Inhaber sich einen Erben aus der Familie ernennt. Hat dieser aber das Fideicommißgut daneben einem extraneus zugewendet, z. B. als Legat, so treten die ohne Wahl Berufenen ein, unter ihnen aber auch jener Erbe.

Das Regelmäßige wird sein, daß das Gut an den Nächsten kommen soll. Der Nächste ist nach den Regeln der Intestaterbfolge zu bestimmen. Aber es fragt sich: ob der Nächste nach dem letzten Besitzer oder nach dem Stifter? Dies ist streitig. Offenbar ist das letztere das natürlichste. Da hinsichtlich der Personen überhaupt, ob sie berechtigt sind, die Verwandtschaft mit dem Stifter entscheidet, so muß dies auch gelten hinsichtlich der Nähe. Um so mehr, wenn der Stifter selbst die Anordnung getroffen hat, daß es immer an den Nächsten aus seiner Familie kommen soll.

Sind mehrere gleich Nahe vorhanden, so erhalten sie das Fideicommiß zusammen. — Man hat gefragt, ob hier eine Theilung in stirpes oder in capita eintritt. Diese Frage ist nicht im Allgemeinen zu beantworten, es wird alles auf den wahrscheinlichen Willen des Stifters ankommen. Ist dieser durchaus nicht zu ermitteln, so müssen wir allerdings bei der natürlichen Theilung, in capita, stehen bleiben, da die Nähe des Grades entscheidet, kein Repräsentationsrecht gilt.

Bei willkührlichen Veräußerungen des jetzigen Besitzers kann der am nächsten Berechtigte gleich auftreten und vindiciren, bei Veräußerung im Concurs erst nach dem Tode des Inhabers. Wenn alle Berechtigte in die Veräußerung des Fideicommisses einwilligen, so geht es unter, wenn nicht alle, so verlieren nur die Einwilligenden ihr Recht. Man hat die Frage aufgeworfen: ob nach dem geschriebenen Recht alle gegenwärtig Berechtigten das Recht haben, das Fideicommiß aufzuheben? Man bejaht dies wegen einiger Stellen [1] und erklärt es aus der Abneigung des römischen Rechts gegen die Fideicommisse. Aber die Stellen widersprechen nicht einer Entscheidung, die consequent ist, und wonach künftig Berechtigten nicht präjudicirt werden soll. Sie sprechen nur von dem Consens aller Berechtigten.

Eine gewöhnliche Meinung ist: nach Justinianischem Recht sollten unbestimmte Familienfideicommisse mit den vier Restitutionen erlöschen. Nun wird gewöhnlich die Unanwendbarkeit dieses Satzes behauptet. Aber das Gesetz Justinians enthält jene Regel gar nicht, es entscheidet einen besonderen Fall, und

---

1) L. 120. §. 1. D. de leg. I. (30. un.), L. 77. §. 27. D. de leg. II. (31. un.), L. 11. C. de fideicommissis. (6, 42.)

sagt dabei, das Fideicommiß solle erlöschen, weil der dritte Inhaber ein impubes war. Dies hat denn freilich auch gar keinen Grund. Deshalb kann auch gar keine Anwendung davon gemacht werden.

Gegenstand des Vermächtnisses.

§. 528.

Das Recht des Vermächtnisses ist eine Obligatio zwischen dem Onerirten und dem Honorirten. Gegenstand des Vermächtnisses kann sein, was Gegenstand einer Obligatio sein kann. Der Gegenstand kann daher nicht in die Willkühr des Onerirten gestellt, (sonst ist das Vermächtniß ungültig), wohl aber dem arbitrium boni viri überlassen werden.

Im Zweifel muß angenommen werden, daß der Testator das vermachte, was sein war. Wenn er also eine Sache vermacht, woran er Miteigenthümer ist, daß er nur seinen Theil vermacht hat. Doch kann er ebenso auch Sachen des Onerirten vermachen, z. B. der Ehemann den fundus dotalis der Frau, so weit ihr derselbe durch das, was sie aus der Erbschaft zieht, ersetzt wird; zieht sie weniger, so ist das Vermächtniß wenigstens theilweise gültig.[1] Wenn die Sache verpfändet ist, so ist der Erbe schuldig, sie zu lösen, wenn der Legatar beweist, daß der Erblasser um die Verpfändung gewußt habe. Dies ist als Intention des Erblassers anzusehen. Außerdem kann der Legatar die Lösung nicht fordern; aber wenn er den Gläubiger befriedigt, so muß ihm dieser seine Klage gegen den Erben cediren, es wäre denn die Intention erweislich die gewesen, daß der Legatar die auf der Sache haftende Schuld auf sich nehmen solle.

Aber auch fremde Sachen können vermacht werden. Hier hat der Onerirte die Verbindlichkeit, die Sache anzuschaffen, oder, wenn dies nicht möglich ist, dem Legatar den Preis zu leisten. Dies setzt aber voraus 1) daß die Sache überall existirt. Das Legat einer künftigen Sache setzt deren Entstehung voraus; 2) daß der Testator wußte, die Sache sei eine fremde. Dies muß der Legatar beweisen, denn man muß annehmen, der Testator habe seine Sachen vermachen wollen. Nur wenn der Legatar eine mit

---

1) L. 13. §. 4. D. de fundo dot. (23, 5.)

dem Testator so nahe verbundene Person ist, daß angenommen werden muß, dieser habe ihr in jedem Fall etwas zuwenden wollen, kommt es auf jene Voraussetzung nicht an.

Kann das Vermächtniß auch Sachen des Legatars zum Gegenstand haben? Hier ist zu unterscheiden: 1) Hat der Legatar die Sache schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses gehabt, so ist das Legat ungültig vermöge der regula Catoniana. Jedoch mit der Ausnahme der Regel: daher ist es als bedingtes Vermächtniß gültig, keineswegs bloß wenn die Bedingung auf die Veräußerung gestellt ist, wie Einige es darstellen. Verliert der Legatar das Eigenthum durch in integrum restitutio, so ist das Legat gültig. Ebenso wenn er zur Zeit der Testamentserrichtung zwar noch Eigenthümer war, aber die Sache schon verkauft hatte. — 2) Hat der Legatar die Sache erst nach der Errichtung erworben, so muß ihm von dem Onerirten das dafür Gegebene erstattet werden; [hat er sie also geschenkt erhalten, so kann er nichts ersetzt verlangen].

Sachen, welche dem Commercium entzogen sind, können nicht vermacht werden; der Legatar kann nicht etwa die Aestimation fordern. Das Vermächtniß ist schlechthin ungültig. Ebenso, wenn der Legatar das Commercium der vermachten Sache nicht hat. Dagegen schadet es nicht, wenn nur der Onerirte es nicht hat; hier muß dieser jedenfalls die Aestimation leisten. Wie aber, wenn keiner von beiden das Commercium hat? Hier schadet dem Vermächtnißnehmer seine Unfähigkeit nicht, wenn die Sache eine fremde ist, da das Vermächtniß [schon wegen der Unfähigkeit des Onerirten] auf die Aestimation geht, [für welche der Legatar nicht unfähig ist]. Der Legatar kann also seinen Anspruch geltend machen. [2]

Ist die Unfähigkeit des Legatars kein Mangel der Rechtsfähigkeit, sondern in factischen Umständen gegründet, z. B. er ist wegen eines körperlichen Fehlers unfähig, so gebührt ihm die Aestimation, vorausgesetzt, daß kein Irrthum des Testators dabei unterläuft, welcher die Disposition ungültig macht.

---

2) Vgl. L. 40. D. de leg. I. (30. un.): Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi. — Es ist daher nicht nothwendig, wie man geglaubt hat, in dieser Stelle das zweite non zu streichen.

Besondere Gegenstände bei Vermächtnissen.

§. 529—532.

Siehe das Lehrbuch.

Nebenbestimmungen.

§. 533.

Die Lehre vom dies bei Vermächtnissen bezieht sich auf den Erwerb und ist unten abzuhandeln.

Anders die Lehre vom Modus, den man von einem bloßen Auftrag, Jemanden z. B. etwas zu überbringen, wohl zu unterscheiden hat. Bei dem legatum sub modo ist es doch immer auch der Erfüllende, den der Testator honorirt hat, wenn er auch vermöge des Modus alles wieder herausgeben muß. Der Unterschied zwischen beiden zeigt sich darin, daß der legatarius sub modo das Hinterlassene behält, wenn der Modus nicht erfüllt werden kann, während dies bei dem Mandatar nicht der Fall ist. Der Erbe kann Caution wegen Erfüllung des Modus verlangen; ehe er diese erhält, braucht er das Vermächtniß nicht zu präſtiren. Die Caution geht auf Restitution des zum Modus zu Verwendenden; aber auch ohne Caution hat der Erbe, wenn der Modus nicht erfüllt wird, die condictio causa data causa non secuta. Also nicht schlechthin auf das ganze Vermächtniß, wenn nur ein Theil zum Modus zu verwenden war, sofern dieser Theil bestimmt ist.

Ungültigkeit der Vermächtnisse.

Mit dem Rechtsgeschäft, worin sie errichtet sind.

§. 534.

Siehe das Lehrbuch.

Ad 2): Es ist zunächst nur das ungültig, was auf dem Irrthum beruht, also die Erbeinsetzung, siehe oben. Aber in diesem Fall können auch die Vermächtnisse an demselben Mangel leiden. So namentlich liegt dies sehr nahe, wenn Jemand extranei heredes einsetzte, weil er seine Notherben für gestorben hielt, er wird in jenem Fall eher Legate geben, als wenn er seine

Notherben eingesetzt hätte. Also spricht die Vermuthung gegen solche, die nicht an nahe verwandte Personen gegeben sind.[1]

Ad 3): Der Fiscus muß die Vermächtnisse schlechterdings prästiren, nicht bloß wo es ein Intestaterbe thun müßte.

Ad 4): Wenn der im Testament eingesetzte Erbe in der Absicht ausschlägt oder sonst den Nichterwerb bewirkt, damit das Testament destitut werde und die Vermächtnisse untergehen, so wird den Vermächtnißnehmern gegen diesen dolus geholfen. Dazu ist erforderlich 1) Nichterwerb von Seiten des Erben mit seinem Willen. Der gewöhnliche Fall ist Repudiation, aber ebenso gehört auch hierher Nichterfüllung einer Potestativbedingung, überhaupt praetermittere causam testamenti. 2) Die Folge des Nichterwerbs muß das Wegfallen der Erbeinsetzung sein. 3) Muß der Erbe in fraudem legatariorum gehandelt haben. Dazu gehört nicht nothwendig ein Vortheil auf seiner Seite, z. B. daß er auch Intestaterbe ist oder eine Belohnung von den Intestaterben erhalten hat, sondern nur die Absicht, welche auch auf andere Art, als durch diese Umstände bewiesen werden kann. Den Legatarien wird nicht geholfen, wenn der Erbe eine iusta causa omittendi hatte, z. B. Erlaubniß des Testators, Schwierigkeit der zu erfüllenden Bedingung.

Die Wirkung jener dolosen Ausschlagung ist folgende. Die Vermächtnißnehmer haben die actio legatorum

1) gegen den Repudianten. Aber nur, wenn eine der folgenden Voraussetzungen eintritt: a) wenn er die Erbschaft ganz oder theilweise besitzt, als Intestaterbe oder pro possessore, oder wenn er dolo desiit possidere. Nicht wenn er aus einem anderen Titel besitzt z. B. pro donato, emtore, dote, als Fideicommissar; b) wenn er einen Preis dafür erhalten hat.

Die Klage geht auf das, was der Erbe ohne die dolose Omission hätte leisten müssen. Daher haften mehrere Repudianten nur pro rata ihrer vormaligen Erbportion. Der Abzug der falcidischen Quart findet auch hier Statt. Gegen den Repudianten als Besitzer ist jedoch die Klage beschränkt auf das, was er besitzt oder dolo desiit possidere;

2) gegen den Besitzer der Erbschaft als solchen, (der nicht Repudiant ist) mit derselben Wirkung. Wenn der Repudiant

1) (Im Heft ist der Satz ad 2) eingeklammert. A. d. H.)

pretii causa und ein Besitzer als solcher belangt werden kann, so muß der Repudiant zuerst belangt werden, ausgenommen wenn der Besitzer keinen Titel hat.

Bisher ist bloß vom Erben die Rede gewesen. Wenn ein Legatar, der honorirt ist, dolose die Repudiation bewirkt, z. B. durch Ueberredung des Erben, so kann auch dieser belangt werden, wenn er nachher etwas aus der Erbschaft besitzt.

Dieses Rechtsmittel haben nicht die Universalfideicommissarien, diesen wird auf andere Art geholfen, sondern nur die Singularvermächtnißnehmer. Auch diese nicht, wenn die clausula codicillaris beigefügt ist.

Ad 5): Das Testament kann als Testament ungültig sein, während es als Codicill gültig wäre, z. B. es sind bloß 5 fähige Zeugen da, oder die Erbeinsetzung ist ungültig, (z. B. es sind unfähige Erben eingesetzt oder gar keine wirkliche Erbeinsetzung gemacht). Diese ist in einem Codicill nicht vorhanden. Hier ergänzen sich also Testament und Codicill. Es kommt hier auf den Testator an, was dieser hat machen wollen. Darnach ist der letzte Wille zu beurtheilen. Aber er kann eine alternative Erklärung geben, auch allgemein durch die Anordnung, sein Testament solle auf jede mögliche Art aufrecht erhalten werden. Diese Anordnung nennen die Neueren clausula codicillaris. Sie versteht sich nicht von selbst, aber es ist nicht erforderlich, daß der Testator gerade den Ausdruck „Codicill" gebraucht hat. Er kann z. B. gesagt haben: mein letzter Wille soll aufrecht erhalten werden, wie es nur immer geschehen kann;[2] ferner auch überhaupt, er soll schlechterdings gelten.[3] Soll die Codicillarclausel Wirksamkeit haben, so muß der letzte Wille wenigstens die Erfordernisse eines Codicills haben. Daher ist sie unwirksam, wenn das Testament wegen Unfähigkeit des Testators nichtig ist, ferner wenn das Testament unvollendet geblieben ist, oder wegen Ausschließung eines Notherben rescindirt wird.

Die Wirkung ist folgende: Die Honorirten müssen wählen, ob sie ihr Recht aus dem Testament oder aus dem Codicill gel-

---

2) Vgl. L. 29. §. 1. D. qui test. facere poss. (28, 1).

3) Vgl. L. 88. §. 17. (ult.) D. de leg. II. (31. un.): — hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.

tend machen wollen. Nur die Verwandten bis zum dritten Grad einschließlich[4] können nach angestellter Klage aus dem Testament noch die Codicillarclausel geltend machen. Der Inhalt des Testaments ist gültig, soweit er in einem Intestatcodicill stehen kann, also a) die Vermächtnisse; b) die Erbeinsetzung als solche nicht, sie wird aber in ein Universalfideicommiß verwandelt, das den Intestaterben auferlegt wird, versteht sich, wenn nicht gerade die Ungültigkeit der Erbeinsetzung das Testament ungültig macht, wo also von einer Erbeinsetzung gar nicht die Rede ist; c) die Pupillarsubstitution wird nicht in ein Pupillarfideicommiß verwandelt, denn ein solches giebt es nicht, aber in ein gewöhnliches Fideicommiß in das väterliche Vermögen des Pupillen, wenn dieser Erbe des Vaters geworden ist, sofern der Testator diese Intention gehabt hat.

Aufhebung der Codicille.

§. 535.

Siehe das Lehrbuch. Der Widerruf ist einfacher, ohne die Form des Testaments.

Ungültigkeit der Vermächtnisse für sich.

§. 536. 537.

Ein Vermächtniß kann widerrufen werden (ademtio legatorum). Zu dem Widerruf ist keine Solennität nöthig, es reicht also der Beweis hin, daß der Testator seine Gesinnung geändert habe. So wenn Feindschaft zwischen Erblasser und Honorirtem entstanden ist, wenn der Erblasser diesem Undankbarkeit vorgeworfen hat, wenn er die legirte Forderung in dieser Intention eingezogen, die Sache ohne Nothwendigkeit veräußert hat, was immer bei der Schenkung anzunehmen ist. Wenn es bei der Ademtion ungewiß ist, wem adimirt ist? so gilt das Princip: unverständliche Dispositionen werden als nicht gemacht erachtet. So ein Legat an ein so bezeichnetes Subject, daß das gemeinte Individuum nicht zu ermitteln ist. Dasselbe muß aber auch von

---

4) (Oder vielmehr Ascendenten und Descendenten bis zum dritten Grad, Seitenverwandte nur bis zum zweiten einschließlich. Vgl. L. 8. §. 2. C. de cod. (6, 36.). A. d. H.)

der Ademtion gelten, siehe die erste Stelle[1] Note e des Lehrbuchs. Dies ist consequent in sich zusammenhängend; man hat dessenungeachtet manche Aenderungen versucht, besonders wegen L. 10. D. de reb. dub.[2] z. B. neutri statt utrique, (was auch schon in der Glosse erwähnt wird). — Es ist nicht die Veränderung selbst, es ist das Resultat für den Gang der Stelle, was sie unerträglich macht. Separatim heißt nicht das Gegentheil von conjunctim, (so Cujacius, der darin den Unterschied von der zweiten Stelle suchte). Ferner heißt es nicht: durch Merkmale unterschieden, denn dies ist nicht nothwendig, wenn beiden vermacht ist. Die richtige Erklärung ist: es soll ausgedrückt werden, der Testator hat sie nicht mit einander vermengt, er hat wirklich zwei besondere Personen honorirt, duobus separatim legirt. Er hat nicht Einen, sondern zwei, getrennt, im Sinne gehabt.

In der zweiten Stelle wird auch eine Reihe von Fällen aufgeführt, wo ein Legat gegeben worden ist, mit absoluter Ungewißheit des Subjects. Hier wird ebenso entschieden, selbst nicht zu Gunsten der Freiheit eine Ausnahme gemacht. Dagegen wird bei der Ademtion gesagt, daß sie gültig sei (valere). Bynkershoek will dies so verstehen, als ob gesagt wäre: ademtionem autem nisi in utrumque factam non valere, aber das steht nicht da. Man hat es daher mit Emendationen versucht, so will Faber non valere setzen, das wäre schlecht gesprochen, besser wäre neutrum. Göschen, nach einigen Handschriften ademtione: in ademtione autem utrumque valere. [Göschen's Emendation empfiehlt sich am meisten.]

Nach älterem Recht war ein Unterschied zwischen Legaten

---

1) L. 3. §. 7. D. de adim. vel transfer. legatis (34, 4): Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat cui ademtum sit, utrique legatum debebitur. Quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum.

2) L. 10. pr. D. de rebus dubiis (34, 5): Si fuerit legatum relictum uni ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit, si simul duo venisse dicantur, nec apparet quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei, qui monumentum fecerit, et plures fecerint, vel ei, qui maximus natu est, et duo pares aetate sint, sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est? Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem autem in utrumque valere.

und Fideicommissen, wie in Beziehung auf die Errichtung. Bei Legaten mußte auch die Ademtion in gehöriger Form geschehen, doch gab auch eine unförmliche Aufhebung exceptio doli. (Es war ja doch auch ein materieller Unterschied zwischen exceptio doli und ipso iure, indem bei jener doch noch die Umstände erwogen wurden. Ferner in Absicht auf Wiederherstellung des Vermächtnisses.)

Translation des Legats ist Aufhebung mit Errichtung eines neuen Vermächtnisses. Hierin liegt 1) Ademtion des alten, 2) Errichtung eines neuen. Ersteres ist von letzterem unabhängig. Zur vollständigen Translation ist alles nöthig, was zur Errichtung eines Vermächtnisses erfordert wird. Außerdem gilt die Translation wenigstens als Ademtion, wofern nicht die Intention des Erblassers eine andere war.

Es giebt vier Arten der Translation: 1) a persona in personam. Erhellt nicht die Ademtion des bisherigen, so haben beide am Legat Theil; 2) von einem Onerirten auf den anderen. Der Legatar bekommt beides, wenn die Ademtion nicht erhellt; 3) res pro re; ebenso 4) Translation mit Zufügung oder Weglassung einer Bedingung.

§. 538.

Vermächtnisse werden aufgehoben dadurch, daß der Honorirte vor der Erwerbung wegfällt.

Aber auch der Wegfall des Onerirten d. h. eines bestimmten, abgesehen also von dem Fall, wenn alle Erben onerirt sind und wegfallen, kann den Untergang des Vermächtnisses herbeiführen. Das Princip ist: nicht die Person sondern was sie erhält ist onerirt. Ist ein bestimmter Erbe onerirt, so geht das Onus über auf den, der seine Portion erhält (durch Substitution oder Accrescenz). Dieses Princip galt bei Legaten, bei Fideicommissen nach älterem Recht nicht, (diese wurden als persönliche Auflagen behandelt); nach neuerem Recht, seit Severus, ist dies abgeändert.[1] Mit jenem Princip scheint in Widerspruch L. 29. §. 2. D. de leg. II. (31. un.): Si filio heredi pars eius a quo nominatim legatum est, adcrescit, non praestabit legatum, quod iure antiquo capit. Die Worte non praestabit u. s. w. heißen:

1) L. 61. §. 1. D. de leg. II. (31. un.).

wenn das Legat caduc wird, so behält es der filius, der das ius antiquum in caducis hat, wenn gleich der wegfallende Erbe es nicht gehabt hätte, sondern es an die Vindicanten der Caduca hätte prästiren müssen.

So bleibt das Onus, wenn gleich die Person wechselt. Dagegen wenn der testamentarische Erbe als Intestaterbe erbt, so fällt die Portion weg, und damit das Vermächtniß, ungeachtet es noch dieselbe Person ist, (ausgenommen dolose Repudiation). Etwas anderes freilich ist es, wenn das Vermächtniß dem Erben für jeden Fall auferlegt ist. War dasselbe einem bestimmten Intestaterben auferlegt, und nachher tritt ein entfernterer ein vermöge der successio ordinum et graduum, so geht es ebenfalls unter, denn dieser succedirt nicht in die Portion, es wird ihm vielmehr von neuem deferirt.

Wenn ein Legatar onerirt ist, so fällt das Vermächtniß weg, wenn das onerirte gleich anfangs ungültig war, oder vom Erblasser aufgehoben wurde. Fällt aber der onerirte Legatar sonst weg, so muß der Erbe, an den das Legat fällt, das Onus prästiren. Noch ein besonderer Fall ist der der Accrescenz, wo die Frage je nach Beschaffenheit dieser sich verschieden entscheidet, siehe unten §. 542.

Ein anderer Grund, weswegen ein Vermächtniß untergehen kann, ist der Untergang des Objects. Das Legat erlischt durch Untergang der species legata. Eine bloße Veränderung des Gegenstandes hat diese Wirkung an sich nicht. Es kommt hier auf den Willen des Erblassers an. Das Legat ist aufgehoben, wenn die Veränderung von dem Erblasser mit der Intention der Aufhebung geschieht. Die Veränderung ist also nur als Ausdruck der Ademtion wirksam. Ob diese Absicht zu präsumiren ist und wem der Beweis obliegt, hängt von der Art der Veränderung ab. Ist die vermachte Sache nicht mehr dieselbe, z. B. das Haus niedergerissen und ein neues an dessen Stelle aufgebaut, so muß der Legatar beweisen, daß der Erblasser nicht die Intention der Aufhebung hatte. Anders wenn eine area legirt, und ein Gebäude darauf erbaut worden ist; hier besteht das Legat, weil es eine bloße Accession des Grund und Bodens ist. Hier müßte der Erbe die Intention der Aufhebung beweisen. (Es ist daher kein Widerspruch, wenn in einer Stelle gegen, in der anderen für Aufhebung entschieden wird). Ist die Sache noch immer dieselbe,

z. B. eine Heerde, und es sind ihr nur Stücke substituirt, so besteht das Legat. Geschieht die Veränderung ohne den Willen des Erblassers, so bleibt das Legat gültig, z. B. das Haus brennt ab, hier kann der Legatar die area fordern.

Bei beweglichen Sachen ist das Legat untergegangen, sobald eine Specification damit vorgenommen worden ist, denn diese enthält den Untergang. Anders wo keine Specification geschehen ist; hier kommt Alles wieder auf den Willen des Erblassers an, z. B. dieser hat aus dem vermachten Silber ein Geräthe machen lassen. Das Beispiel von dem aus vermachter Wolle gefertigten Kleid wird verschieden entschieden. Es wird darauf ankommen, ob diese Fabrication als zuvorkommende Bemühung für den Legatar gelten kann, d. h. ob dem Legatar selbst mit dieser Aenderung ein Gefallen geschieht.

Die Forderung aus dem Vermächtniß wird aufgehoben, wie eine andere Forderung, z. B. durch Erwerbung des Gegenstandes ex causa lucrativa. Davon ist hier nicht die Rede. Nicht das Vermächtniß, nur die Forderung daraus ist aufgehoben.

Erwerb der Vermächtnisse.

Zeitpunkt des Erwerbs.

§. 539.

Bei den Vermächtnissen läßt sich nicht, wie beim Erbrecht, Delation und Acquisition unterscheiden. Diese Begriffe finden hier so wenig Anwendung, wie bei sonstigen Forderungen. Denn das Recht des Vermächtnisses ist kein besonderes Recht, sondern eine Forderung gegen den Onerirten. Daher steht es in seinem Erwerb den Forderungen ganz gleich. Der Gegensatz dies cedit und venit ist ein ganz anderer: Existenz der Forderung, und Geltendmachung.

Erwerbung des Vermächtnisses heißt Entstehung des Rechts des Vermächtnisses, der Forderung des Honorirten gegen den Onerirten. Zu dem Erwerb ist der Regel nach der Wille des Legatars nicht erforderlich, (sowenig als bei anderen Forderungen, welche nicht ex contractu oder aus Handlungen des Gläubigers entstehen). Der Zusatz si volet, ist daher nicht der Ausdruck des sich von selbst Verstehenden, sondern eine Bedingung, welche erfüllt

werden muß, [so daß die Erwerbung dadurch suspendirt wird, bis er sich bereit erklärt hat. Die Obligatio, welche den Character des Vermächtnisses bildet, entsteht ohne einen Act], die Erwerbung geschieht durch den Eintritt eines gewissen Zeitpunkts, ohne Willensäußerung. Dies wird durch den Ausdruck bezeichnet: Dies legati vel fideicommissi cedit.

Diesen Zeitpunkt muß der Legatar erleben und an demselben fähig sein. Ein erworbenes Vermächtniß wird auf die Erben transmittirt, es mag die petitio erfolgt sein oder nicht, wie auch eine andere Forderung. Freilich nicht, wenn das vermachte Recht überhaupt nicht auf die Erben übergeht, z. B. eine persönliche Servitut.

Der Zeitpunkt des Erwerbs ist bei unbedingten Vermächtnissen die Zeit des Todes des Erblassers. Auch bei einem dies (certus). Bei bedingten Vermächtnissen die Zeit der Existenz der Bedingung. Dahin gehört auch ein dies incertus, d. h. ein Zeitpunkt, von dem es ungewiß ist, ob er erscheinen wird. Ein dies certus an, sed incertus quando, z. B. der Todestag einer Person, ist ein dies certus. Der Testator kann aber auch einen dies certus zum incertus machen, durch die Festsetzung, daß ihn der Legatar erleben müsse. Der Todestag einer dritten Person, z. B. der Erbe soll bei seinem Tode das Fideicommiß restituiren, ist freilich an sich certus, aber er wird im Zweifel stets unter der Voraussetzung des Erlebens verstanden, auch wenn der Testator dies nicht ausdrücklich gesagt hätte. Dadurch wird er also dies incertus.

Das Vermächtniß kann erworben und doch noch die Zeit der Geltendmachung aufgeschoben sein; dieser Zeitpunkt heißt dies venit, (wie bei anderen Forderungen auch). Er tritt natürlich nie vor dem dies cedens ein, ferner nie vor dem Antritt der Erbschaft. Aber mit dem Antritt, sowie der Erwerb schon eingetreten ist. Durch einen dies certus kann diese Zeit noch weiter hinausgeschoben werden.

Agnition und Repuls.

§. 540.

Die Erwerbung des Vermächtnisses geschieht nicht durch einen Willensact. Aber sie tritt doch nicht nothwendig ein, nicht

wider den Willen des Legatars. Das Vermächtniß wird nicht aufgedrungen. Dadurch unterscheidet sich der Erwerb des Vermächtnisses von dem Erwerb des Erbrechts durch necessarii heredes. [Wird daher das Vermächtniß ausgeschlagen, so wird der Erwerb ignorirt, wird es angenommen, so wird er dadurch bestätigt.] Das Legat muß entweder ganz angenommen, oder ganz ausgeschlagen werden. Daher liegt in der Annahme eines Theils die Annahme des Ganzen. Eine theilweise Repudiation dagegen ist für unwirksam zu halten.

Anders wenn eine Theilung des Vermächtnisses durch den Eintritt mehrerer Erben des Legatars hervorgebracht ist. Keiner ist durch den Anderen gebunden, jeder kann seinen Theil annehmen oder ausschlagen.

Mehrere Legate, die in einem Testamente gegeben sind, sind an sich unabhängig von einander. Sie müßten also von dem Erblasser in eine untrennbare Verbindung gesetzt sein, wenn nicht eines derselben agnoscirt, das andere ausgeschlagen werden könnte. Diese vom Willen des Erblassers abhängende Verbindung kann aber auch stillschweigend gesetzt sein: wenn der Legatar das nicht onerirte annimmt, das onerirte ausschlägt, so soll er in Beziehung auf die Falcidische Quart so behandelt werden, wie wenn er auch das onerirte angenommen hätte.

Von dem Erwerb des vermachten Rechts.

§. 541.

Etwas ganz Verschiedenes ist der Erwerb des Vermächtnisses und der Erwerb des vermachten Rechts. Dieses Recht kann unter gewissen Umständen ipso iure erworben werden, so daß das Vermächtniß selbst eine Erwerbsart ist. Diese Erwerbung tritt ein mit dem dies venit, freilich mit der Voraussetzung, daß der Legatar nicht repudiirt. So das Eigenthum, wenn eine dem Erblasser oder dem Onerirten gehörige Sache vermacht ist, (nach älterem Recht nicht bei Fideicommissen, und nicht bei allen Legaten, Justinian hat es allgemein eingeführt), ferner servitutes testamento constitutae, siehe oben. Die Erwerbung geschieht erst mit dem dies venit, aber sie wird auf den Tod zurückbezogen, ausgenommen bei einem dies certus. Der Fall eines gegebenen Pfandrechts ist streitig. Nach der gewöhnlichen Mei-

nung soll es entstehen mit dem Tode des Erblassers, nach Anderen mit dem Antritt der Erbschaft. Um dies zu beweisen, hat man Entstehung und Existenz eines testamentarischen Pfandrechts läugnen wollen, und behauptet, es sei auch ein conventionelles durch den Quasicontract des Erbschaftsantritts entstehend. Dies ist durchaus verkehrt; 1) der Erbschaftsantritt wäre noch immer kein Vertrag; [2) die Betrachtung als Quasicontract bezieht sich gar nicht auf die vermachten Rechte, sondern auf die obligatio]; 3) müßte man dies von allen Vermächtnissen sagen; [4) durch einen Quasicontract endlich kann kein dingliches Recht entstehen]. Das testamentarische Pfandrecht ist also als ein vermachtes zu betrachten, aber darum eben jene Meinung, welche die Erwerbung beim Tod des Erblassers eintreten läßt, unrichtig. Es ist eine Verwechselung des Erwerbs des Vermächtnisses und des Erwerbs des vermachten Rechts. Das Pfandrecht entsteht erst, wenn dies legati venit; doch müssen wir auch hier Retrotraction annehmen, mit Ausnahme des dies certus. Siehe im übrigen das Lehrbuch. Ist eine fremde Sache vermacht, so muß der Erwerb behauptet werden, so wie die Sache ins Eigenthum des Onerirten kommt.

Accrescenzrecht.

§. 542.

Auch bei Vermächtnissen kommt ein Accrescenzrecht vor, aber es hat hier eine andere Natur als beim Erbrecht. Dort ist es etwas Nothwendiges, was hier nie der Fall ist, da ein Vermächtniß ganz wegfallen kann, ohne daß eine Aenderung der Erbfolge einträte. [Die Lehre war im älteren Recht mit Schwierigkeiten verbunden, da die lex Julia et Papia einen bedeutenden Einfluß darauf übte. Diese ist im neueren Recht weggefallen. Wir haben daher die Frage rein nach der Natur der Sache zu behandeln].

Wenn ein Legatar wegfällt, d. h. nicht erwirbt, an wen fällt das Legat? Die nächste Antwort ist, es wird nicht präſtirt, sondern bleibt beim Onerirten. An dieser Entscheidung kann der Testator eine Aenderung machen, indem er einen Substituten ernennt. Aber auch wenn er dies nicht ausdrücklich gethan hat, kann in der Art der Errichtung des Vermächtnisses die Intention

liegen, daß ein Anderer eintreten soll. Das Vermächtniß kann unter solchen Umständen errichtet sein, daß der Eintritt eines Anderen als der Wille des Testators präsumirt werden muß.

Dies Letztere tritt ein bei Collegatarien. Wenn einer von solchen Collegatarien ausfällt, so ist anzunehmen, daß der andere dessen Theil haben soll. Dadurch entsteht hier ein Accrescenzrecht unter Collegatarien, welches sich aber lediglich auf den Willen des Testators gründet, und daher von ihm ausgeschlossen werden kann.

Wer sind nun die accrescenzberechtigten Collegatarien? Nicht alle Legatarien in einem Testament sind darum Collegatarien, gleichwie alle Erben coheredes, denn sie stehen an sich ganz außer allem Verhältniß. Collegatarien werden sie erst durch eine besondere Verbindung, in die sie vom Testator gestellt sind, nur die sind Collegatarien, welche coniuncti sind. Diese Verbindung geschieht in dem Gegenstand, der ihnen vermacht ist. Wie mehrere Erben absolut coheredes sind, weil sie durch die hereditas verbunden sind, so sind Legatarien collegatarii, wenn mehrere zu Einem Gegenstand berufen werden. Hier ist aber eine dreifache coniunctio zu unterscheiden: 1) können mehrere bloß formell verbunden, in demselben Satz genannt sein; dies sind verbis coniuncti; z. B. A. und B. vermache ich jedem die Hälfte meines Grundstücks. Hier ist jedem sein besonderer Gegenstand gegeben; 2) reell, re, wo wirklich mehreren derselbe Gegenstand vermacht ist. Dabei ist ein Doppeltes möglich: sie können a) verbis disiuncti sein; z. B. ich vermache A. den fundus, B. den fundus; b) re et verbis coniuncti, z. B. ich vermache A. und B. den fundus.

Nach dem Princip des Accrescenzrechts entscheidet sich, wer von diesen zur ausfallenden Portion berufen wird. Das Princip ist: die Anordnung des Legats muß von der Beschaffenheit sein, daß es dem Willen des Testators vollkommen gemäß ist, wenn der Collegatar den ausfallenden Theil, also das Ganze erhält.

Dies ist der Fall bei dem re coniunctus. Hier ist jedem der ganze Gegenstand vermacht, nur durch die Zuordnung des anderen ein Theilnehmer ihm an die Seite gesetzt, also das, was ihm bestimmt ist, gemindert. Wenn nun der Theilnehmer wegfällt, so wird dadurch nur diese Minderung dessen, was der Testator jedem bestimmte, gehindert, es accrescirt ihm streng ge-

nommen nichts, sondern decrescirt ihm nur nicht. Er erhält nicht mehr, als ihm der Testator bei seiner Ernennung bestimmt hatte. Wenn wir also dem Conjunctus den ausfallenden Theil lassen, so bleiben wir vollkommen innerhalb des Willens des Testators. — Daraus folgt denn auch zugleich, daß das dem Wegfallenden auferlegte Onus nicht prästirt wird, eben weil der Zuwachs ein bloßes non decrescere ist. Daher endlich geschieht diese Accrescenz auch ipso iure.

Bei bloßen verbis coniuncti, welche re disiuncti sind, tritt das Accrescenzrecht nicht ein. Hier hat jeder seinen besonderen Gegenstand; würde hier eine Accrescenz zugelassen, so würde mehr gegeben werden, als der Testator gewollt hat. Dies soll aber nicht geschehen; durch die Ernennung des einen geht dem Anderen nichts ab, daher auch nichts zu durch dessen Wegfallen, z. B. Note c des Lehrbuchs. Indessen giebt es doch einen Fall, wo verbis coniuncti ein Accrescenzrecht haben können. Wenn nämlich durch Hinzufügung eines Dritten, mit ihnen re conjungirten, bewirkt wird, daß jene nicht alles erhalten, was ihnen bestimmt war, so hat dann, wenn irgend einer wegfällt, jeder so weit, bis er das ihm Bestimmte hat, Anspruch auf Accrescenz. Ist also z. B. im Testament gesagt: A. und B. sollen jeder die Hälfte des Fundus haben, auch C. den Fundus, so accrescirt, wenn A. wegfällt, nicht bloß dem C., sondern auch dem B. Vgl. Note d des Lehrbuchs.

Anders war es nach dem Recht der Lex Iulia et Papia, wo es dem collegatarius coniunctus, wenn er die Bedingungen des Gesetzes erfüllte, vor allen anderen gestattet war, das Caducum zu vindiciren. Hier kam es nur auf die verbis coniunctio an. Dies war aber eben etwas anderes als das Accrescenzrecht. In unseren Quellen finden sich noch Spuren von diesem alten jetzt antiquirten Recht, wo der verbis coniunctus dem re coniunctus vorgezogen wird.[1] Die Compilatoren haben die Stelle vielleicht

---

1) L. 89. D. de leg. III. (32. un.): Re coniuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re: Titio et Seio fundum aequis partibus do lego, quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo ceteris qui et re et verbis coniunctus est. Quodsi re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem. Si autem verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? et magis est, ut et ipse praeferatur.

so verstanden, oder verstehen lassen wollen: Der re et verbis coniunctus soll dem re coniunctus, dieser dem verbis coniunctus vorgehen, welchen Sinn freilich die Stelle an sich nicht hat.[2] Voraussetzung ist, daß auch die verbis coniunctio eine Accrescenz bewirkt, [was unter Umständen der Fall ist]. Dieses gilt auch in dem vorhin erwähnten Fall, (Note d des Lehrbuchs). Hier ist dann der verbis coniunctus vor dem re coniunctus berechtigt, bis er das seinige hat. [B. würde also dem C. vorgehen bis zu der ihm bestimmten Hälfte des Fundus.]

Wie ist es bei re et verbis coniunctis? Worauf soll das hauptsächlichste Gewicht gelegt werden, daß sie verbis oder daß sie re coniuncti sind? Eigentlich müßte man sagen, der Testator habe hier jedem nur einen Theil des Gegenstandes von Anfang an bestimmt, so gut wie wenn er den Theil ausgedrückt hätte. Was für ein Unterschied ist zwischen den drei Dispositionen: A. und B. jedem die Hälfte — A. und B. zu gleichen Theilen — A. und B.? Also müßte man sagen: sie sind streng genommen nur zum Schein re coniuncti, und eine Accrescenz kann nur stattfinden, wenn diese Intention des Testators im concreten Fall nachzuweisen ist. Davon gehen auch die Note e des Lehrbuchs abgedruckten Pandektenstellen aus. Justinian aber hat die Sache in seiner L. un. C. de cad. toll. (6, 51) abgeändert, wahrscheinlich nicht ohne Einfluß des alten Rechts der Lex Papia. Er bestimmt dort: die re et verbis coniuncti sollen, da sie doch auch re coniuncti sind, das Accrescenzrecht haben, jene Intention des Testators soll immer angenommen werden. Doch müssen sie das Onus prästiren, weil ihr Recht kein reines ius non decrescendi ist, sie bekommen in der That eigentlich mehr als ihnen bestimmt ist. Aber es steht auch in ihrer Willkühr, den Theil anzunehmen oder auszuschlagen.

So wie nun einmal die re et verbis coniuncti accrescenzberechtigt sind, so folgt von selbst, daß sie bei der Concurrenz mit re coniuncti diesen vorgehen müssen. Die ausfallende Portion fällt also vor allem an den, der mit dem Wegfallenden re et verbis coniunctus war, da er mit ihm nur Einen Theil erhält, also zunächst durch dessen Ernennung verkürzt worden ist.

---

2) (Im Heft ist mit Bleistift dieser Satz durchstrichen und der folgende am Rande bemerkt. A. d. H.)

Die Accrescenz setzt voraus, daß das Vermächtniß nicht erworben ist, (aber auch Ausschlag, wodurch der Erwerb als nicht geschehen gilt). Nur bei dem Legat des Ususfructus tritt [auch außerdem] eine Accrescenz ein, wenn der Collegatar erworben hat, und nachher den Ususfructus verliert; dieser accrescirt 1) dem, der den Ususfructus mit dem Wegfallenden zum Theil hat, ja selbst wenn er seinen Theil verloren hätte, 2) dem, welchem die Proprietät vermacht ist.

Recht des Vermächtnisses.

§. 543.

Das Recht des Vermächtnisses ist eine Obligatio zwischen dem Onerirten und Honorirten. Aus dieser entsteht für den Honorirten die petitio legati, nämlich eine persönliche Klage: actio ex testamento, actio legati. Der Onerirte ist verpflichtet

1) zur Leistung des vermachten Gegenstandes, und zwar des vermachten selbst, ohne Substitution eines anderen. Dieses Princip erleidet aber Modificationen. Zuweilen geht der Gegenstand in die Aestimation über, so wenn fremde Sachen vermacht sind oder der Onerirte nicht das Commercium der vermachten Sache hat; zuweilen aber ist es auch dem Erben verstattet, die Aestimation zu leisten, wenn ihm ex iusta causa die Leistung des eigentlichen Gegenstandes zu schwer fällt. Dahin gehört der Fall, wenn der Eigenthümer der legirten Sache diese nur um einen enormen Preis verkaufen will. Ferner wird der Onerirte auch wegen eines sittlichen Interesse zur Leistung der Aestimation gelassen, so wenn er z. B. einen Sclaven leisten soll, der sein Erzieher, oder Bruder ist ꝛc. Anders bei Sachen, z. B. es ist ein Geräthe legirt, das ein Familienstück ist; hier wird nicht jene Rücksicht genommen gegen den Willen des Erblassers.

Mit dem Gegenstand hat der Onerirte auch die Accessionen zu leisten, wohin auch die Rechte gehören, ohne die der Gegenstand nicht gebraucht werden kann, z. B. Servituten. Früchte und Zinsen braucht der Onerirte erst von der Zeit der Mora an zu leisten, nicht von der Zeit des Todes des Erblassers, wenn dieser nicht etwas anderes angeordnet hat. Bei Legaten ad pias causas gilt das besondere Recht, daß, wenn der Onerirte sie nicht innerhalb sechs Monaten von der Eröffnung des Testaments an

bezahlt, er schon von der Zeit des Todes des Erblassers als in mora befindlich betrachtet wird. Er muß daher von dieser Zeit an alle Früchte 2c. prästiren. Bestreitet er ein solches Vermächtniß oder läßt sich überhaupt deswegen belangen, so wird er in duplum condemnirt.

2) Hat der Onerirte Culpa zu prästiren nach den allgemeinen Grundsätzen. Es kommt also darauf an, ob er Vortheil von dem Vermächtniß hat oder nicht. Im letzteren Fall, d. h. wenn er alles restituiren muß, was er erhalten hat, prästirt er nur dolus und culpa lata.

3) Zur Evictionsleistung ist der Erbe an sich nicht verpflichtet — dies ergiebt sich schon aus den obigen Grundsätzen über fremde Sachen. Der Erbe haftet nur a) wenn ein Genus vermacht ist und er gewählt hat, b) wenn der Erblasser ihn dazu verpflichtet, c) wenn der Vermächtnißnehmer eine nahe verbundene Person ist, hier ist diese Verpflichtung stillschweigend anzunehmen.

Dies sind die Gegenstände der actio legatorum. Außer dieser Klage hat der Legatar noch die Klage aus dem vermachten Recht, insofern es ihm ipso iure erworben: rei vindicatio, confessoria, utilis actio bei vermachten Forderungen.

Gesichert ist das Recht des Vermächtnißnehmers:

1) durch die gesetzliche Hypothek, siehe oben;

2) durch die Verpflichtung des Onerirten zur cautio legatorum servandorum causa. Der Honorirte kann sie fordern, wenn das Vermächtniß nicht sofort geleistet wird, wenn dies nondum venit, auch wenn er nondum cessit, wenn das Vermächtniß bedingt ist. Nur muß das Vermächtniß selbst erwiesen sein. Die Sicherung ist Realcaution durch Bürgen. Fiscus und respublicae leisten nur Verbalcaution, vgl. §. 79 Note d des Lehrbuchs. Befreit von der Verbindlichkeit ist der Onerirte 1) durch Erlaß von Seiten des Erblassers oder des Legatars, auch stillschweigend durch Litiscontestation, ohne sie zu fordern; 2) Aeltern gegen Kinder, und Geschwister gegen einander; 3) bei der liberatio legata. Wird sie nicht geleistet, so erfolgt missio in possessionem legatorum servandorum causa, in die erbschaftlichen Güter des Onerirten (mit diesem zugleich). Ist er sechs Monate in der Entrichtung des Vermächtnisses säumig, so erfolgt die missio auch in die eigenen Güter des Onerirten, mit dem Recht,

die Früchte zu retiniren und sich daraus bezahlt zu machen. Dies letztere nennt man missio Antoniniana, weil in der betreffenden Pandektenstelle ein Rescript von Antoninus Caracalla dafür angeführt wird.

Rechte des Onerirten und des Erben insonderheit.

§. 544.

Siehe das Lehrbuch. Das Interdict quod legatorum fällt weg, wenn der Legatar Erlaubniß vom Erblasser oder vom Erben, nachdem dieser es geworden, erhalten hat. Beklagter ist auch der Singularsuccessor des Legatars, auch der fictus possessor. Der Beklagte hat eine exceptio wegen der cautio legatorum servandorum causa.

Recht der Quarta Falcidia.

Von dem Inhalt des Rechts überhaupt.

§. 545.

Der Vermächtnißnehmer ist in manchen Stücken vortheilhafter gestellt als der Erbe, besonders weil er als Singularsuccessor keiner Haftung für die Schulden unterliegt. Daher wird es angemessen sein, wenn ein Testator auf die beschwerliche Stellung seines Erben Rücksicht nehmend, ihm durch solche Onera nicht allzuviel von der Erbschaft entzieht. Im entgegengesetzten Fall setzt er sein Testament der Gefahr aus, destituirt zu werden.

Nimmt der Testator jene Rücksicht nicht, so besteht eine rechtliche Vorschrift, welche dem Erben gegen übermäßige Belästigungen jeder Art hilft. Dies ist die Vorschrift der lex Falcidia (v. J. 714), welche den Erben zunächst gegenüber übermäßigen Legaten in Schutz nimmt. Sie hat mit Aufhebung der früheren Beschränkungen des Rechts zu legiren, [also mit Beseitigung der Lex Furia und der — Lex Voconia] die leidliche Beschränkung, daß dem Erben der vierte Theil der Erbschaft bleiben soll. Nach der Lex Iulia vicesimaria hatte man noch ein unmittelbar öffentliches Interesse an der Aufrechthaltung des Gesetzes, was für das neueste Recht wegfällt.

Im prätorischen Edict ist jene billige Rücksicht auch auf die Intestaterben ausgedehnt, wenn diese Vermächtnisse oder irgend etwas anderes zu entrichten haben, was dem Abzug unterworfen ist.

Dem Abzug sind unterworfen: nach der lex Falcidia Legate, nachher ausgedehnt auf Fideicommisse, auch Universalfideicommisse, (s. g. quarta Trebelliana). Ferner auf die mortis causa capiones: das implendae conditionis causa zu Gebende, mortis causa donationes, überhaupt Schenkungen, die durch den Tod gültig werden, wie donationes inter virum et uxorem.

Wenn dem Erben der vierte Theil nicht freigelassen ist, so mindert die lex Falcidia pro rata die einzelnen Vermächtnisse ꝛc. bis dahin, daß sie sämmtlich drei Viertel der Erbschaft nicht übersteigen. Jedes Vermächtniß ꝛc. reducirt sich ipso iure auf diesen Betrag. Ist der Gegenstand untheilbar, so wird der Werth angeschlagen, der Erbe braucht das Vermächtniß nicht eher zu entrichten, als bis der Legatar den Werth des Abzugs vergütet hat.

Der Theil der Erbschaft, der dem Erben frei bleiben muß, heißt quarta Falcidia. Nur der Erbe hat darauf Anspruch, kein Universalfideicommissar (mit Ausnahme des Falls, wo er gezwungen antritt; hier hat er ihn von den Vermächtnissen ꝛc, wie der Erbe selbst ihn gehabt hätte). Ein bloßer Vermächtnißnehmer hat nie den Abzug. Etwas Anderes ist die Frage, ob der Abzug Einfluß hat auf das dem Legatar auferlegte Onus. Auf keinen Fall hat der onerirte Legatar mehr zu prästiren, als er erhält. Aber auch abgesehen davon ist im Zweifel eine verhältnißmäßige Minderung des Onus anzunehmen.[1]

Berechnung der Quart.

§. 546.

Die Berechnung der Quart beruht auf drei Punkten: dem Betrag der Legate, dem Verhältniß beider.

1) Der Betrag der Erbschaftsmasse ist nach der Zeit des Todes des Erblassers zu bestimmen, eine spätere Vermehrung oder Verminderung ändert den Anschlag nicht. Daher gehören die

1) Vgl. Note f des Lehrbuchs.

nachher bezogenen Früchte nicht dazu, mit Ausnahme solcher, die zu jener Zeit schon reif waren.

Auch die ungewissen Bestandtheile des Vermögens müssen in Anschlag kommen, z. B. ein naturale debitum, was nachher eingezahlt wird. Namentlich aber alles, dessen Zugang von einer noch schwebenden Bedingung abhängt. Beim Anschlag solcher ungewissen Bestandtheile ist ein dreifacher Weg möglich: Entweder wird das Ungewisse als gewiß angenommen, und den Erben von den Vermächtnißnehmern rc. cavirt, oder als nicht vorhanden, und umgekehrt von den Erben den Vermächtnißnehmern cavirt. Oder es wird sofort ein Hoffnungswerth angeschlagen. Ist ein Bestandtheil nicht berücksichtigt, weil er für verloren geachtet wurde, so muß auch nachträglich noch darauf Rücksicht genommen werden. Der Anschlag geschieht überall nach dem gemeinen Werth der Gegenstände, dem verum rei pretium.

Von dieser Activmasse werden sodann die Schulden abgezogen, erst das, was nach diesem Abzug zurückbleibt, ist der Bestand der Masse, welcher mit den Vermächtnissen in Vergleich zu setzen ist. Zu den Schulden gehören auch die Begräbnißkosten, (jedoch nicht außerordentlicher Aufwand), die Kosten des Inventariums. Zu den Schulden werden auch die Forderungen des Erben gerechnet, wenn gleich sie durch den Antritt der Erbschaft confundirt sind, denn es handelt sich um Vortheil oder Nachtheil des Erben aus der Erbschaft. Eben deshalb müssen aber auch die Schulden des Erben an den Erblasser, von denen er durch den Antritt befreit wird, unter die Activa in Anschlag gebracht werden.

2) Bei dem Anschlag von Vermächtnissen und sonstigen mortis causa capiones sind vor Allem a) nur die zu rechnen, welche geltend gemacht werden können, nicht solche, denen eine exceptio entgegensteht, b) nur was durch das Vermächtniß der Erbschaft wirklich entzogen wird, z. B. bei dem legatum debiti nur der Vortheil, welchen der Legatar etwa dadurch erhält, bei dem Recht einer Sache für einen bestimmten Preis vom Erben zu kaufen, nicht der Werth der Sache, sondern nur die Differenz des Preises und des Werthes; c) bei jährlichen Prästationen, welche immerwährend bestehen, z. B. an juristische Personen, ist ein Capital anzuschlagen, wovon jene Prästationen vier Procent Zinsen sind; d) hängen solche jährliche Prästationen von der

Lebensdauer eines Menschen ab, so ist dieselbe nach der Wahrscheinlichkeit zu berechnen;[1] e) Vermächtnisse, welche von einer Bedingung abhängen, werden einstweilen als nicht bestehend angenommen; die übrigen Vermächtnißnehmer jedoch, welche deßhalb mehr erhalten, müssen satisdatio leisten. Der Richter kann die Caution nach billigem Ermessen erlassen, wenn die Deficienz sehr wahrscheinlich ist, und der Legatar sie nicht aufzubringen vermag. Der andere Ausweg, einen Hoffnungswerth anzuschlagen, wird hier ausdrücklich verworfen; f) Vermächtnisse welche poenae causa hinterlassen sind, kommen nicht in Anschlag, da sie der Erbe sich selbst zuzieht, wohl aber muß das als mortis causa capio angeschlagen werden, was er leisten muß, um jene zu vermeiden.

3) Aus der Vergleichung beider Anschläge ergiebt sich nun, ob dem Erben die Quart freigelassen ist, und wenn dies nicht ist, wie viel nöthig ist, um das richtige Verhältniß herzustellen. Der Abzug, welcher sich als nothwendig dazu herausstellt, geschieht an jedem einzelnen Vermächtniß rc. pro rata, an jedem zu einem gleichen quoten Theil; z. B. von 8000 sind 7000 legirt, was dem Erben fehlt ist $\frac{1}{7}$ der Legate, welches jedem Legat abgezogen wird. Indessen wird dem Erben noch manches auf die Quart angerechnet, so daß, wenn mit diesem die Quart herauskommt, der Abzug wegfällt, oder doch wenigstens gemindert wird. Angerechnet wird alles, was er als Erbe aus der Erbschaft zieht, daher auch der Vortheil, den er aus der späteren Auszahlung der Vermächtnisse zieht. Ferner was er bei Lebzeiten des Erblassers von diesem erhalten hat, in der Absicht, daß er es sich auf seinen Erbtheil anrechnen lassen sollte. Nicht dagegen ein Legat, oder was er implendae conditionis causa erhalten hat. Von letzterem ist zu unterscheiden ein Preis, welchen der Legatar für das Vermächtniß geben soll, dieser mindert das Vermächtniß selbst; siehe oben.

Anders ist es nach der gewöhnlichen Ansicht bei dem Abzug von einem Universalfideicommiß, (der trebellianischen Quart). Hier muß der Erbe sich alles anrechnen lassen, was er mortis causa erhält: Vermächtnisse, das implendae conditionis causa

---

1) L. 68. D. ad leg. Falc. (35, 2) giebt eine solche Tabelle. Siehe über diese Stelle a. E. noch Beilage XXIV.

Erhaltene, nur nicht das Prälegat.[2] Viele Juristen sind anderer Meinung und behaupten, es sei kein Unterschied von dem Singularvermächtniß zu machen, wenn nicht der Testator etwas Anderes angeordnet habe. Man versteht dann jene Stellen von einer solchen besonderen Willensmeinung. Aber die Hauptstelle (Note f des Lehrb., zweite Stelle) enthält nichts von einer solchen Voraussetzung, wäre diese daher auch bei anderen Stellen möglich, so wäre immer die entschiedenste Stelle entgegen.

Der Grund des Unterschiedes ist: gegenüber Legaten kommt der Gegensatz zwischen Erben und Vermächtnißnehmern rein zur Geltung. Daher rechnet hier der Erbe nur ein, was er als Erbe zieht. Er kann eine Quart seines Erbtheils verlangen. Gegenüber einem Universalfideicommiß dagegen ist der Gegensatz nicht so, da auch der Universalfideicommissar quasi heres ist. Ihm gegenüber verschwindet der Gegensatz zwischen Beziehen qua Erbe und sonst. (Siehe im Lehrbuch Note h a. E.)[3]

Schutz des Rechts.

§. 547.

Der Erbe hat vor allem die exceptio doli, entweder zum Behuf des wirklichen Abzugs oder auf Einzahlung von Seiten des Legatars, oder endlich auch auf Caution. Diese satisdatio kann er namentlich fordern, wenn die Frage ob und wie weit die

---

2) Vgl. die Stellen Note h des Lehrbuchs.

3) (Dieser letzte allgemeine Grund beweist noch eher für als gegen die Gleichstellung mit dem Singularvermächtniß, denn bis zur Restitution ist der Universalfideicommissar noch nicht quasi heres. In der zweiten Stelle Note f des Lehrb. sodann ist deutlich enthalten, daß der Erbe nur den Theil des Prälegats einrechnet, den er sich selbst auszahlt, also als Erbe behält. (Der Satz: Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum sciendum est, steht nicht damit, sondern nur mit sich selbst in Widerspruch, da ein Fideicommiß nicht implendae conditionis causa gegeben wird und umgekehrt, überdies ist er schlecht beglaubigt, wahrscheinlich ein Glossem). Es bleibt also nur die letzte Stelle Note h des Lehrb. übrig, an deren Schluß allerdings gesagt zu sein scheint, daß auch die Beiträge der Miterben zum Prälegat eingerechnet werden müssen, (totum trientem praediorum imputari oportere). Dies ist durch die s. g. duplex interpretatio zu erklären. Nach altem Recht aus dem S. C. Pegasianum, nach welchem der Testator für das Ganze Erbe blieb und der Fideicommissar nur legatarii partiarii loco war (Gai. II. §. 255—257). Nach neuem Recht weil Miterben gegenseitig belastet waren, in welchem Fall nach der ersten Stelle Note f des Lehrb. auch bei Legaten eine Modification eintritt. Die vom Verf. verworfene Meinung, daß ein Unterschied zwischen der Trebellianischen und Falcidischen Quart besteht, ist also die richtige, die gewöhnliche ist nur entstanden, weil man jene Stellen nicht zu erklären wußte. A. d. H.)

lex Falcidia eintrete, nicht sofort entschieden werden kann, in welchem Fall er einstweilen die Vermächtnisse zu entrichten hat. Davon handelt Dig. XXXV. 3.

Ist der Legatar im Besitz 1) nicht durch den Erben, so hat dieser das interdictum quod legatorum oder die rei vindicatio des Abzuziehenden, (lex Falcidia ipso iure minuit legata), im Nothfall eine in factum actio; 2) durch den Erben, so hat dieser die Klage aus der Caution, ferner die condictio indebiti, wenn er nicht aus einem error iuris zu viel gezahlt hat. Als ein subsidiäres Rechtsmittel dient die de dolo actio, wenn der Erbe durch dolus des Legatars dazu vermocht worden ist.

Wegfall des Rechts.

§. 548.

Siehe das Lehrbuch.

Ad 2). Verbot des Testators. Nach älterem Recht war dieses Verbot unwirksam, weil die lex zum öffentlichen Recht gehörte; die lex Iulia vicesimaria hatte nämlich eine Abgabe auf Erbschaften gelegt. Dies ist nach neuerem Recht aufgehoben. Ein stillschweigendes Verbot ist in dem Verbot enthalten, von den vermachten Sachen etwas zu veräußern.[1]

Ad 3). Der Verzicht des Erben kann nicht vor der Delation geschehen. Wenn jährliche Prästationen auch einige Male ganz ausgezahlt worden sind, so wird dadurch der Abzug für die folgenden Jahre nicht verloren.[2]

§. 549.

Wenn bloß einzelne Vermächtnisse aus irgend einem Grunde befreit sind, so entsteht die Frage, welchen Einfluß dies auf die Berechnung der Quart hinsichtlich der übrigen hat? Zwei Ent-

---

1) Vgl. Nov. 119. c. 11.

2) L. 15. §. 2. ad l. Falc. (35, 2): Non idcirco minus Falcidiae rationem in ceteris annuis legatis admitti visum est, quod primo ac secundo anno sine ulla detractione fuissent legatario soluta. Ein Verzicht liegt auch in der wissentlichen Entrichtung von Vermächtnissen und ein error iuris steht dem gleich. — Manche haben behauptet, bei wissentlicher Zahlung einiger, verzichte er überhaupt, mit Berufung auf Nov. 1. c. 3.; aber diese hat einen ganz anderen Inhalt, siehe den folgenden Paragraphen. (Vgl. hiergegen Sintenis, das pract. gem. Civilrecht Bd. III. §. 215. Note 48. S. 752. A. d. H.)

scheidungen sind möglich: zum Nachtheil des Erben, und der übrigen Legatarien.

1) Wenn die Befreiung einzelner Vermächtnisse in einer Handlung des Erben ihren Grund hat, so trägt nur dieser den Nachtheil, er verliert den Abzug, welchen er sonst an diesen Vermächtnissen hätte machen können, kann also den anderen darum nicht mehr abziehen. Dies ist der Fall, wenn der Erbe einzelne Vermächtnisse ohne den ihm gebührenden Abzug ausbezahlte, (dies ist der wahre Inhalt der Nov. 1. cap. 3). Ferner, wenn er den Versuch gemacht hat, einen Legatar um sein Vermächtniß zu bringen, wodurch er sich des Abzugs unwürdig gemacht hat.

2) Wenn unter den Vermächtnissen solche sich befinden, die durch Rechtsvorschrift befreit sind, z. B. das Vermächtniß des Pflichttheils, ad pias causas etc., so ist dies zum Nachtheil des Erben. Jene Vermächtnisse werden wie aes alienum betrachtet, und die Quart erst von dem übrigen Vermögen berechnet, wodurch sie kleiner wird, also zum Nachtheil des Erben. Diese Quart müssen ihm dann die Uebrigen gewähren. Wenn z. B. bei einem Vermögen von 4000 unter den Vermächtnissen 1000 befreit, 3000 nicht befreit sind, so zieht der Erbe eine Quart von 750 von den letzteren ab. Die nicht befreiten Vermächtnisse tragen allein zur Quart bei, aber nicht mehr, als wenn jene nicht befreit wären, weil dann die Quart größer werden würde.[1] Jene befreiten Vermächtnisse siehe im Lehrbuch Note f—h.

3) Wenn der Erblasser bei einzelnen Vermächtnissen den Abzug verboten hat, so kann seine Absicht a) die sein, daß dieses Verbot ebenfalls dem Erben zum Nachtheil gereichen soll, wie im vorigen Fall, b) er kann aber auch die Intention gehabt haben, daß der Nachtheil die übrigen Vermächtnißnehmer treffen soll.

---

1) („Unrichtig ist es, wenn Puchta §. 549 allgemein sagt, die Befreiung durch Rechtsvorschrift, wonach ein Vermächtniß als aes alienum zu behandeln sei, habe ganz dasselbe Resultat, wie im Falle unter No. 1. Wenn z. B. von 1200 Vermögen 200 ad pias causas und 800 an Andere vermacht sind, so müßte der Regel nach der Erbe 300 haben und dazu von jenen 20, von den anderen 80 abgegeben werden; nun aber kann der Erbe nur 250 verlangen und die letzten erleiden nur einen Abzug von 50; sie erleiden gar keinen Abzug, wenn ihre Vermächtnisse nur 200, die ad pias causas 800 betragen. Wenn dagegen bei gleichem Vermögen die Vermächtnisse ad pias causas z. B. 1000, die übrigen 800 betragen, so würden der Regel nach jene auf 500, diese auf 400 eingeschränkt und der Erbe behielte 300; nun aber erhalten die letzten nur 150, der Erbe 80.“: Arndts, Lehrbuch der Pandecten §. 567. Anm. 1. S. 843. A. d. H.)

Hier wird dann die Quart von dem ganzen Vermögen berechnet, und diese sodann den Nichtbefreiten abgezogen. Z. B. bei einem Vermögen von 4000 sind 1000 befreit, 3000 nicht befreit. Der Erbe erhält 1000, diese gehen den zweiten Legatarien ab, während dort die Quart nur 750 betrug.

Besondere Fälle.

Abzug der Quart bei mehreren Erben.

§. 550.

Wenn mehrere Erben sind, so wird nicht die Quart der ganzen Erbschaft für alle zusammen, sondern die jedes einzelnen Erbtheils für sich berechnet, siehe Note b des Lehrbuchs. Jedem muß von den Vermächtnissen rc., mit denen er onerirt ist, sei es ausdrücklich oder pro rata seines Erbtheils, die Quart seines Erbtheils frei gelassen werden. Hier gelten dann die nämlichen Grundsätze, wie von dem alleinigen Erben hinsichtlich der ganzen Erbschaft.

Nun kann aber ein Erbe mehrere Portionen erhalten:

1) dadurch, daß er primo gradu für mehrere Portionen eingesetzt ist. Diese werden zusammen geworfen und als eine behandelt, auch wenn sie zum Theil pure, zum Theil bedingt sind;

2) durch Vulgarsubstitution; davon gilt dasselbe, denn die Substitution ist eine bedingte Institution;[1]

3) durch Pupillarsubstitution. Ist ein Miterbe dem anderen unmündigen pupillarisch substituirt, und tritt als Vulgarsubstitut ein, so gilt dasselbe, wie unter 2). Tritt er als Pupillarsubstitut ein, nachdem der Pupill seines Vaters Erbe geworden ist, so bleiben beide Portionen getrennt. Was nun die onera der pupillarischen Portion anlangt, so prästirt der Pupillarsubstitut nicht mehr, als der Pupill zu prästiren hatte, macht also dessen Abzug. Er ist hier nicht Erbe des Vaters, sondern Erbe des Erben des Vaters. Dagegen muß er sich das durch die Pupillarsubstitution Erhaltene auf seinen Erbtheil aus der Erbschaft des Vaters von seinen Vermächtnißnehmern anrechnen lassen. Dem Pupillarsubstituten können aber Vermächtnisse auch als solchem, also auch

1) (Dies ist nicht allgemein richtig, vielmehr ist es bei der Substitution wie bei der Accrescenz, (No. 4). Vgl. L. 61. §. 1. D. de leg. II. (31. un.) — — „quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.“ A. d. H.)

wenn er nicht Erbe des Vaters geworden ist, auferlegt sein, außer den Vermächtnissen, welche dem Pupillen auferlegt sind. Hinsichtlich dieser letzteren hat er die Quart, wie der Pupill selbst; von dieser Quart der väterlichen Erbschaft des Pupillen hat er aber dann erst die Vermächtnisse, welche ihm auferlegt sind, zu bestreiten. Dazu wird dann noch das nichtväterliche Vermögen des Pupillen gerechnet. Als Erbtheil des Pupillarsubstituten wird betrachtet jene Quart und dieses übrige Vermögen; dies zusammen bildet die Masse, aus der er seine Vermächtnisse zu entrichten hat, und wovon ihm also die Quart übrig gelassen werden muß.

4) durch Accrescenzrecht. Zwei Principien sind möglich: beide Portionen werden zusammengeworfen, oder auseinander gehalten, wie wenn sie nicht in Eine Person zusammengekommen wären. Unter den römischen Juristen scheint über diesen Punkt eine Controverse bestanden zu haben. Die Entscheidung in Gemäßheit unserer Quellen ist folgende.

Handelt es sich um Vermächtnisse, bei denen der Onerirte nicht bestimmt ist, welche also jeden Erben pro rata treffen, so ist es ganz gleich, ob man beide Portionen zusammenwirft oder nicht, da jede Portion gleichmäßig onerirt ist. Sind aber Vermächtnisse einem Erben besonders auferlegt, so sind sie auseinander zu halten, denn die Vermischung könnte hier möglicherweise zum Nachtheil der Legatarien der nicht überschwerten Portion gereichen, die der überschwerten würden einen Gewinn auf Kosten jener machen. In Beziehung auf die accrescirende Portion wird die Quart abgezogen, wie sie der wegfallende Erbe würde abgezogen haben, ohne Rücksicht auf die eigene Portion des Accrescenzberechtigten. Aber seinen eigenen Legatarien gegenüber muß sich derselbe allerdings das auf die Quart anrechnen lassen, was er durch das Accrescenzrecht gewinnt, denn sie gehört zu dem, was er als Erbe aus der Erbschaft zieht; beträgt also seine Portion 4000 und es sind 4000 legirt, er gewinnt aber reine 1000 durch die Accrescenz, so kann er seinen Legatarien gar keinen Abzug machen.

Bei Pflichttheilsberechtigten.

§. 551.

Die Rechte des Erben und des Pflichttheilsberechtigten können concurriren. Der Notherbe ist eingesetzt und über $\frac{3}{4}$ mit Ver-

mächtnissen beschwert. Als Erbe kann er die Quart fordern, als Notherbe den Pflichttheil, also nach neuerem Recht $\frac{1}{3}$ der Erbschaft. Kann beides abgezogen werden?

Von Alters her bis auf die neueste Zeit hat es nicht an Juristen gefehlt, welche diese Frage bejahten. Die Gründe dafür sind ganz unhaltbar. Solche Gründe sind: der Pflichttheil sei als eine Schuld zu behandeln, werde also vorweg abgezogen, dann erst ergebe sich der Bestand der Erbschaft, von welcher die Quart zu berechnen sei. Aber der Pflichttheil ist zwar eine portio debita, darum aber doch eine Erbportion, wenn er durch Erbeinsetzung hinterlassen ist. Ferner, die Größe sei verschieden, und auch was dem Erben darauf angerechnet werde. Aber dies schließt ja eine Wahl zwischen beiden nicht aus. Endlich, es müßten aus dieser Verschiedenheit die größten Schwierigkeiten für die Anwendung entstehen. Ganz und gar nicht. Es kommt auch nirgends im römischen Recht etwas von dieser doppelten Quart vor.

Folgendes ist aber ganz entscheidend. Der Notherbe kann gewiß nicht außer seinem Erbtheil noch den Pflichttheil fordern. Nun ist aber die Quart ja eben der Erbtheil, er kann also nur das fordern, was sein Pflichttheil etwa mehr beträgt als die Quart. Z. B. er ist zu $\frac{3}{4}$ der Erbschaft mit Vermächtnissen belastet, es ist ihm $\frac{1}{4}$ freigelassen. Ganz absurd wäre es, ihm noch außerdem den ganzen Pflichttheil zu geben. Es kann also nur Ergänzung eintreten. Eben so aber ist es nothwendig, wenn ihm die Lex Falcidia die Quart giebt. Gerade wie wenn sie ihm schon der Testator gegeben hätte.

Jene unrichtige Meinung hat allerdings im canonischen Recht eine gesetzliche Bestätigung erhalten.[1] Wenn Kindern des Erblassers ein Universalfideicommiß auferlegt ist, so wird denselben gestattet, vorweg den Pflichttheil abzuziehen, so daß nur das Uebrige als Fideicommiß betrachtet wird, und davon dann erst noch die Quart zu nehmen.

Streitfrage: ob dies auch bei anderen Notherben außer den Kindern, ferner ob es auch bei Singularvermächtnissen Anwendung finde? Da das Gesetz gegen alle ratio iuris ist, so könnte

---

1) Vgl. Note b des Lehrbuchs.

wohl behauptet werden, daß seine Anwendung in allen nicht ausdrücklich von ihm herbeigezogenen Fällen zu verweigern sei. Die gemeinere Meinung ist es aber allerdings, daß jene Frage zu bejahen sei.

Das hingegen ist jedenfalls zuzugestehen, daß jene Bestimmungen auch bei sogleich zu restituirenden Universalfideicommissen Anwendung finden, obgleich die Stellen zunächst einen Fall entscheiden, wo das Fideicommiß erst später zu restituiren war.

Gleichstellung der mortis causa donationes mit den Vermächtnissen.

§. 552.

Die mortis causa donationes sind in sehr vielen Stücken den Vermächtnissen gleichgestellt. Manche Juristen haben sogar beide unter einen Begriff fassen, also jeden Unterschied aufheben wollen. Andere waren wenigstens wegen des Begriffs in Verlegenheit.[1] Der wesentliche Unterschied zwischen beiden, der ungeachtet aller sonstigen Ausgleichungen nicht aufgehoben ist, besteht 1) in Beziehung auf die Form, die mortis causa donatio ist ein Vertrag; 2) in Beziehung auf ihre Natur, sie ist keine Gabe aus der Erbschaft, sie setzt keine Erben voraus, was geschenkt ist, kommt nicht in die Erbschaft, bei einer geschenkten Forderung ist daher der Donatar Gläubiger der Erbschaft.

Gleichgestellt sind die mortis causa donationes den Vermächtnissen

1) in der Form der Errichtung in so weit, daß sie dieselbe Form wie jene fordern, also privatim vor fünf Zeugen, öffentlich zu gerichtlichem Protocoll erklärt werden müssen. Manche Juristen glauben, diese Vorschrift beschränke sich auf Schenkungen über 500 solidi, als widerrufliche. Aber dies ist kein Grund. Rechtsgeschäfte mortis causa sind überhaupt an mehr Förmlichkeiten gebunden, als Rechtsgeschäfte inter vivos, und erheischen auch mehr. [Die Form ist vom Gesetz ganz allgemein vorgeschrieben, und wo das Gesetz nicht unterscheidet nec nostrum est

1) Vgl. hierzu die §. 72 Note a des Lehrbuchs angeführten Schriften, insbesondere Hasse a. a. O.

distinguere]. Nur ist die Schenkung mortis causa doch noch immer ein Vertrag. Es ist daher Acceptation erforderlich, und sie kann nicht in einem Testament errichtet werden, weil dadurch die unitas actus unterbrochen wird, also die Schenkung zwar gültig ist, aber nicht das Testament.

2) hinsichtlich der Fähigkeit des Donatars, doch nur die Capacität anlangend, testamentifactio passiva ist nicht nothwendig. In jener Beziehung kommt nur die Zeit der Perfection, also des Todes in Betracht, nicht die Zeit der Errichtung, wie beim Vermächtniß;

3) im Inhalt. Mortis causa donationes unterliegen der lex Falcidia, sie stehen den Erbschaftsgläubigern nach, sie gehen unter bei Confiscation des Vermögens, auch in Beziehung auf Pflichttheilsberechtigte. Nach älterem Recht wurden sie rescindirt mit der querela inofficiosi testamenti, nach neuerem Recht ist der Pflichttheil abzuziehen. Ueberall, wo nicht jener unterscheidende Character eine Ausnahme bewirkt, sind Vermächtnisse und mortis causa donationes ganz gleich zu behandeln. Solche Ausnahmen sind aber noch folgende: der Donatar mortis causa wird nicht indignus, wenn er das Testament angreift, (denn er hat Nichts durch das Testament). Ferner eine stipulatio mortis causa in annos singulos, ein Versprechen von jährlichen Renten ist Eine, nicht wie ein legatum in annos singulos so viele Vermächtnisse als Jahre, so daß jede Prästation besonders erworben werden muß.

4) Bestritten ist, ob testamentifactio des Schenkers erforderlich sei? Man bejaht diese Frage häufig wegen der in unseren Quellen vorkommenden Aeußerungen: wer testiren könne, könne mortis causa schenken, und dem Pupillen sei so wenig verstattet, zu schenken, als zu testiren. Aber dort heißt es nicht: nur der testamentifactio habe, könne schenken; hier wird vielmehr eine Wendung gebraucht, welche anzeigt, daß es nicht absolut aus dem Mangel der testamentifactio folge. — Daher kann ein filiusfamilias mit Zustimmung des Vaters mortis causa schenken.[2]

---

2) (Davon ist auch das c. 4. de sepulturis in VI^to (3, 12) zu verstehen: Quamvis autem filiusfamilias absque patris adsensu sibi possit libere eligere sepulturam, pro anima tamen sua, praeter ipsius adsensum, nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat, aliquid iudicare non potest, —.

Es ist also nichts als sonstige Vermögensdisposition, und namentlich Fähigkeit zu schenken erforderlich. In diesem Zustand muß der Schenker bis an seinen Tod geblieben sein, (weil die Schenkung erst hier als vollendet zu betrachten ist).

Sechstes Kapitel.

Fideicommissaria hereditas.

Errichtung des Universalfideicommisses.

§. 553.

Nicht bloß durch Erbeinsetzung, sondern auch durch Vermächtniß kann jemandem eine Erbschaft hinterlassen werden, fideicommissum hereditatis. Ein solcher Vermächtnißnehmer ist zwar nicht heres, nicht directer Erbe, aber er steht in Beziehung auf das, was er erhält loco heredis. Er ist factisch Universalsuccessor, rechtlich blos Singularsuccessor. Das neuere Recht aber hat ihn auch rechtlich als Universalsuccessor behandelt, so daß wir sein Recht ein Erbrecht nennen können, nur ein vermitteltes, fideicommissarisches, im Gegensatz zu dem directen des eigentlichen Erben. So heißt es denn auch im römischen Recht schon fideicommissaria hereditas im Gegensatz zu directa hereditas.

Im älteren römischen Recht kommt das Universalvermächtniß in jenen beiden Formen vor.

1) als Universallegat, partitio, welches durch einen Befehl an den Erben errichtet wurde, mit jemandem zu theilen; der Universallegatar heißt hier legatarius partiarius. Die ganze Erbschaft konnte nicht Legat werden, weil sonst kein Erbe möglich ist;[1]

Denn daß iudicare im Mittelalter so Viel bedeutet, wie supremo iudicio de bonis suis decernere, berechtigt noch nicht, mit Arndts, Lehrbuch der Pandekten §.484. Anm. 3. S. 735 f. in diese römischrechtliche Stelle, zumal durch ein bloßes argumentum ad contrarium den ganz unrömischen Satz hineinzutragen, daß der Sohn mit Consens des Vaters testiren könne, da wenigstens nicht geläugnet werden kann, daß auch die mortis causa donatio eine letztwillige Verfügung über seine Güter enthält. A. d. H.)

1) (Der Verf. ist hier uneingedenk dessen, was er selbst oben §.71 zu Note 7 und 8 Bd,1. S. 162. in Betreff der Schenkung des ganzen Vermögens, (mit Ein=

2) als Universalfideicommiß; dieses kann die ganze Erbschaft umfassen, weil hier doch die Erbschaft durch einen Erben hindurchgeht. Nach neuestem Recht ist jeder Unterschied aufgehoben. Es ist nur noch das Universalfideicommiß übrig geblieben, dagegen die Partitio weggefallen, welche schon von Justinian als antiquirt behandelt wird. Es ist ein Irrthum, wenn Manche behaupten, Justinian habe den Unterschied gelassen. v. Vangerow ist gegen diese Meinung, behauptet aber dennoch ein Testator könne noch jetzt eine partitio anordnen und das S.C. Trebellianum ausschließen! [Diese Meinung ist ganz unrichtig, denn ius publicum privatorum voluntate mutari non potest].

Universalfideicommiß ist das Vermächtniß, wodurch der Erblasser dem Erben aufträgt, die Erbschaft ganz oder theilweise einem Anderen zu restituiren. In diesem Begriff liegen folgende Momente:

1) das Universalfideicommiß wird dem Erben aufgetragen, sei dieser übrigens ein testamentarischer oder ein Intestaterbe. Ein einem Vermächtnißnehmer auferlegtes Fideicommiß ist nie Universalfideicommiß, weil sein Gegenstand nicht die Erbschaft sein kann. Auch ein einem Universalfideicommissar auferlegtes Fideicommiß ist eigentlich kein Universalfideicommiß, denn bei ihm ist die Erbschaft nicht mehr eigentliche Erbschaft. So wie nun aber der Universalfideicommissar loco heredis gestellt ist, wie ein Erbe behandelt wird, so muß auch der von ihm die Erbschaft Erhaltende als Universalfideicommissar beurtheilt werden. Daher wird auch das S. C. Trebellianum auf ihn angewendet.

2) Gegenstand des Universalfideicommisses ist die Erbschaft des Erblassers. So wird auch der Auftrag an den Erben verstanden, seine, des Erben, Erbschaft jemandem zuzuwenden, z. B. eine Person zum Erben einzusetzen, oder kein Testament zu machen. [Jenes gilt als Universalfideicommiß in das, was der Erbe vom Erblasser erhält, in Beziehung auf das übrige ist die Verfügung des Erblassers ungültig. Ebenso ist die Anordnung, der Erbe solle kein Testament machen, zu verstehen, und die Intestaterben

---

schluß des künftigen) ausgeführt hat. Nach dem Grundsatze der L. 119. D. de V. S. (50, 16), L. 50. pr. D. de H. P. (5, 3.) gäbe es auch neben dem legatum omnium bonorum noch eine hereditas. Der wahre Grund der Unzuläßigkeit eines Legats der ganzen Erbschaft war, weil zu einem Legat der maior pars pecuniae keine Veranlassung durch die Lex Voconia gegeben war. A. d. H.)

des Zweiten sind die Universalfideicommissarien des Ersteren]. Es ist ein Universalfideicommiß in das, was der Erbe vom Erblasser erhält.

Kann ein Universalfideicommiß eine andere Erbschaft zum Gegenstand haben?

a) Eine Erbschaft, welche der Testator selbst gemacht hat, allerdings, wie wenn er dieses Vermögen als Quote des seinigen ausgedrückt hätte, welche nur nicht ausgerechnet ist.

b) Dagegen eine Erbschaft, welche dem Onerirten von einem anderen zukommt, kann nicht Gegenstand eines Universalfideicommisses sein. Es ist dies ein gültiges Fideicommiß, (wie das Vermächtniß einer Sache des Onerirten), aber nur ein Singularfideicommiß. Es ist denn auch nur wirksam, insofern der Onerirte Erbe des Anderen wird, was ganz von seinem Willen abhängt. — Auch hier gilt das Princip, daß kein Testator mehr vermachen kann, als er im Vermögen hat; jenes Fideicommiß setzt also zu seiner Gültigkeit voraus, daß der Onerirte wenigstens so viel vom Testator erhält, als die fremde Erbschaft beträgt.

Obwohl das Universalfideicommiß in seinem Effect dem Erbrecht gleich gestellt ist, so erstreckt sich diese Gleichstellung doch nicht auf seine Errichtung. Die Form ist dieselbe, wie bei Vermächtnissen. Es sind nur die Solennitäten wie bei diesen erforderlich.

Erwerbung.

§. 554.

Durch das Universalfideicommiß wird zunächst eine Obligatio zwischen dem Fiduciar und dem Fideicommissar hervorgebracht, wie durch ein anderes Vermächtniß. Diese Obligatio geht auf die Restitution des Fideicommisses und entsteht wie bei einem anderen Vermächtniß. Derselbe Gegensatz zwischen diem cedere und venire kommt hier in Betracht. Letzteres tritt nicht vor dem Antritt der Erbschaft durch den Fiduciar ein. [Also auch in Beziehung auf die Erwerbung des Rechts steht es keineswegs dem Erbrecht gleich, sondern dem Vermächtniß.]

Der Universalfideicommissar hat aber, nach dem S. C. Pegasianum, das vor einem anderen Vermächtnißnehmer voraus, daß

er den Erben nöthigen kann, die Erbschaft anzutreten, auch wenn dieser schon repudiirt hätte. Dieser Zwang des Erben setzt voraus, daß es lediglich von diesem abhängt, Erbe zu werden. Er fällt natürlich weg, wenn der Erbe unfähig, oder unter einer [deficirenden] Casualbedingung eingesetzt ist. Nicht entgegen steht eine Potestativbedingung, deren Erfüllung für den Erben indifferent ist, oder deren Mittel der Fideicommissar prästiren will. Denn erfüllt muß die Bedingung werden. Ist es aber eine Potestativbedingung, die der Fiduciar nicht erfüllen will und der Fideicommissar nicht erfüllen kann, so remittirt sie der Prätor. Ist der Antritt nicht möglich, weil der Erbe gestorben ist (nach dem Tode des Erblassers, oder vorher ohne dessen Wissen), so wird das Universalfideicommiß als Vulgarsubstitution behandelt. Bei fortgesetzter Weigerung wird die Erbschaft in contumaciam vom Richter für angetreten erklärt.

Dieser erzwungene Antritt hat die Wirkung, daß der Fideicommissar die ganze Erbschaft, wie sie dem Fiduciar bestimmt war, übernehmen, und den Fiduciar völlig schadlos halten, auch deshalb Caution leisten muß. So muß er namentlich das Vermächtniß prästiren, das dem Fiduciar auf den Fall hinterlassen ist, daß er nicht Erbe wird. Der zum Antritt gezwungene Fiduciar aber wird in den Folgen des Antritts für ihn so beurtheilt, wie wenn er nicht angetreten, sondern repudiirt hätte. Er kann daher nicht die Quart abziehen, er ist von der Accrescenz und dem Prälegat ausgeschlossen, auch die Pupillarsubstitution geht unter, wenn er der einzige Erbe ist, [weil dies durch die Restitution des Testaments geschehen sein würde].

Durch dieses Mittel können Universalfideicommissarien ihr Recht gegen den Untergang durch Repudiation des Fiduciars aufrecht erhalten, und auch die Fiduciarien sich gegen Gefahren des Antritts dadurch schützen, daß sie sich zum Antritt zwingen lassen.

Restitution.

§. 555.

Der Fiduciar wird durch den Antritt Erbe mit allen Wirkungen, die dies sonst hat (abgesehen von dem Fall des er-

zwungenen Antritts), er wird also Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner. Aber er kann nicht, was Gegenstand des Fideicommisses ist, veräußern. Die Veräußerung ist nichtig, (bei bedingten Fideicommissen bedingt). Ausnahmen siehe Note a des Lehrbuchs: zur Bezahlung der Schulden, so weit diese den Fideicommissar treffen; verderbliche Sachen, wodurch der Preis an ihre Stelle tritt; Erlaubniß des Testators mit derselben Wirkung, (so namentlich auch bei dem fideicommissum in id quod supererit, siehe §. 556); Einwilligung des Fideicommissars.

Der Erbe contrahirt durch den Antritt die Verbindlichkeit der Restitution. In dieser Obligatio prästirt er dolus und culpa lata, restituirt er nur theilweise, diligentia in suis rebus, (wie ein Miterbe). Dagegen hat er Anspruch auf Ersatz der Verwendungen. Die Zeit der Restitution ist die vom Erblasser festgesetzte. Ist keine festgesetzt, so muß die Restitution sofort beim Antritt geschehen, (also wenn dies venit). Die gesetzlichen Wirkungen treten nicht ein bei früherer Restitution, doch wirkt eine nachherige Ratihabition Zurückbeziehung.

Der Form nach ist die Restitution eine gewöhnliche Willenserklärung an den Fideicommissar, daß man das Fideicommiß überliefere. Diese Erklärung kann mündlich, schriftlich, stillschweigend geschehen, oder auch dadurch, daß man den Fideicommissar Besitz ergreifen läßt, auch an einen Bevollmächtigten des Fideicommissars.

§. 556.

Der Gegenstand des Fideicommisses und der Restitution wird vermehrt durch die Früchte bis zum Antritt der Erbschaft. Von dem Antritt der Erbschaft an bis zu der Zeit, wo der Fiduciar in mora ist, fallen die Früchte dem letzteren zu. Der Gegenstand des Fideicommisses bestimmt sich durch den Willen des Erblassers. Allgemeine Grundsätze sind folgende:

1) Niemals ist unter dem Fideicommiß begriffen, was der Erbe nicht aus der Erbschaft, (non occasione hereditatis), wenngleich aus dem Vermögen des Erblassers erhält, z. B. donationes inter vivos und mortis causa, gegebene dos.

2) Nicht was er zwar aus der Erbschaft oder durch dieselbe, aber nicht als Erbe erhält, so Vermächtnisse, was er implendae conditionis causa empfängt.

3) Wenn der Erbtheil des Fiduciars zum Gegenstand des Fideicommisses gemacht ist, nicht das Prälegat, Vulgarsubstitution, die accrescirende Portion. Dies Letztere ist bestritten, viele behaupten, die accrescirende Portion komme an den Fideicommissar. Dagegen spricht aber eine Stelle,[1] wo gesagt ist, der Erbe müsse die accrescirende Portion restituiren, wenn er gezwungen angetreten habe. Vermöge des argumentum a contrario ergiebt sich die Richtigkeit unserer Behauptung. Die Gründe für die entgegengesetzte Meinung sind a) daß der Gegenstand des Universalfideicommisses die hereditas sei, und daß dazu auch die accrescirende Portion gehöre, b) daß dies als die wahrscheinlichere Absicht des Testators vorauszusetzen sei. Jener Grund beweist nichts, dieses kann nicht zugegeben werden; das Accrescirende leitet der Erbe auch nicht vom Willen des Erblassers ab.

4) Wenn alles, was er als Erbe erhält, sein ganzer Antheil als solcher Gegenstand des Fideicommisses ist, dann ist auch jenes, das Prälegat, die accrescirende Portion ꝛc. darunter begriffen. Aber dies ist nicht zu vermuthen, daher liegt der Beweis dieser Intention dem Fideicommissar ob.

5) Das Fideicommiß kann auf das beschränkt sein, was von seinem Gegenstand beim Tode des Fiduciars noch übrig sein wird. Hier kann der Fiduciar durch Verbrauch selbst den Gegenstand mindern. Er muß aber wie ein bonus vir verfahren, eine willkührliche Verschwendung ist ihm nicht gestattet.

Justinian hat in der Nov. 108 c. 1. 2., weil dieser Nachweis, ob arbitratu boni viri verbraucht worden, schwierig ist, und zu Processen allzuleicht Veranlassung geben kann, folgendes verfügt. Wenn dem Fideicommissar $\frac{1}{4}$ des Fideicommisses übrig gelassen ist, so soll er den Verbrauch des Uebrigen aus keinem Grund anfechten können. Aber auch dieses letzte Viertel kann der Fiduciar im Fall der Noth oder zum Loskauf von Gefangenen

---

1) L. 43. D. ad. S. C. Treb. (36,1): Papinianus tractat, si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem, et eam suspectam dicens compulsus adiit, deinde fideicommissarius ignarus sit, accrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi, an opus sit ei alia actione. Et ait, securum esse eum posse; de illo plane solo quaerendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio accrevit.

angreifen. Von solchen Fällen der Noth giebt die angeführte Novelle Beispiele, die man nur als solche, nicht als die ausschließlichen Fälle, wie Manche gethan haben, betrachten darf.

Wirkungen der Restitution.

§. 557.

Der Fiduciar ist recto iure Erbe, und bleibt Erbe auch nach der Restitution. Aber der Fideicommissar wird, so weit ihm die Erbschaft nach dem Willen des Erblassers restituirt ist, utiliter als Erbe ipso iure betrachtet, und so weit hört also dem Effect nach jener auf, Erbe zu sein d. h. als Erbe betrachtet zu werden. Dieses erbrechtliche Verhältniß ist ursprünglich eingeführt durch das S. C. Trebellianum, dessen Anwendung im Justinianischen Recht erweitert worden ist.

Die Erbschaftssachen gehen durch die Restitution, so weit diese nach dem Willen des Erblassers geschieht, in das Eigenthum des Fideicommissars über, ohne daß eine besondere Erwerbung der einzelnen Sachen nothwendig wäre. Sie wirkt also ganz wie der Antritt des Erben. Marezoll betrachtet die Restitution als ein constitutum possessorium; dabei bedenkt er nicht, daß dadurch nur das Eigenthum an den Sachen übergehen würde, die im Besitz des Fiduciars sind. Mit der Restitution hat der Fideicommissar also die Vindication, namentlich auch der ungültig veräußerten Sachen, siehe oben, (nicht früher). Ebenso gehen die Forderungen, utiles actiones, über, endlich die Schulden, die Gläubiger haben actio utilis gegen ihn; auch in die Verbindlichkeiten gegen die Vermächtnißnehmer tritt er ein.

Diese Wirkung bestimmt sich für die einzelnen denkbaren Fälle folgendergestalt:

1) Soll der Fiduciar das Ganze restituiren, und restituirt es auch ohne Abzug, so wird dem Effect nach der Fideicommissar allein als Erbe behandelt. Der Fiduciar hat eine exceptio gegen die Erbschaftsgläubiger, der Fideicommissar muß die Forderungen des Erben gegen den Erblasser übernehmen, jener braucht nicht eher anzutreten, als bis ihm deshalb cavirt wird. Hat der Testator den Abzug eines speciellen Gegenstandes erlaubt, so

macht dies keinen Unterschied, [er gilt in Beziehung auf diesen nur als Legatar].

2) Soll der Fiduciar das Ganze restituiren, und zieht die Trebellianische Quart ab, so werden beide als Miterben zu $\frac{1}{4}$ und $\frac{3}{4}$ behandelt. Daher findet unter ihnen die actio familiae erciscundae Statt. Die confundirten Forderungen und Schulden des Erben gegen den Erblasser wachen zu $\frac{3}{4}$ wieder auf. Die Quart wird von den Singularvermächtnissen und dem Universalfideicommiß zugleich berechnet. Der Erbe behält die Quart, indem sich Vermächtnisse und Universalfideicommiß so weit pro rata mindern. Z. B. die Erbschaft beträgt 400, die Legate 300, und es ist dem Erben auferlegt, [nach Abzug von 100 (seiner Quart)] [1] die Erbschaft an einen Dritten herauszugeben. Dieses Universalfideicommiß beträgt 400. [Hier nun kann der Fiduciar die 100 behalten und die Legatarien können nur den Fideicommissar belangen. Dieser aber theilt das Erhaltene (300) in sieben Theile]. Von den übrig bleibenden 300 erhält der Universalfideicommissar 4 Theile, die Legatarien 3, [weil das Verhältniß ihrer Größe war, wie vier zu drei. Folglich bekommen die Legatare alle drei Siebentel des ihnen Vermachten]. [2] In derselben Art zieht der Universalfideicommissar die Quart ab, wenn der Erbe gezwungen antrat, die Legatarien sollen dadurch nichts gewinnen.

Daraus ergiebt sich, daß der Erbe nicht erst wieder von seiner Quart Vermächtnisse zu entrichten haben kann. Dessenungeachtet behaupten mehrere Juristen, er habe die Vermächtnisse zu $\frac{1}{4}$ von seiner Quart zu leisten, z. B. Mühlenbruch. Dies widerspricht direct jenen Stellen, die man gar nicht zweideutig nennen kann. Ebensowenig darf man sagen, daß diese Stellen das ältere Recht enthalten, das erst durch L. 2. C. ad S. C. Trebell. (6, 49), welche das neue Recht und jenen Satz enthalten soll, abgeändert worden sei. Das ist bloße Erdichtung. Denn L. 2. cit. ist zwar ein neueres Gesetz, (ein Rescript aus der dritten Periode), enthält aber nichts von der richtigen Ansicht abweichendes, es sagt nämlich nur, wenn

---

1) (Der eingeklammerte Satz (Parbs a. a. O. S. 105) fehlt im Heft. In der That ist der Ausdruck zweideutig; er könnte auch ein Fideicommiß über $\frac{3}{4}$ (300) bedeuten. Es muß dahin gestellt bleiben, ob ihn der Verf. gebraucht oder der Zuhörer mißverstanden hat. A. d. H.)

2) Vgl. die Stellen in Note h des Lehrbuchs.

der Erbe zum Theil restituire, so hafte der Fideicommissar zum Theil auch für die Legate, aber es ist dort von dem Abzug weder der Falcidischen noch der Trebellianischen Quart die Rede. Die Stelle ist also ganz irrelevant. Ferner hat man sich noch auf allgemeine Stellen berufen, wo nicht einmal die Legate erwähnt, und nur die Schulden gemeint sind, z. B. §. 7. Inst. de fideic. her. (2,23). Hiernach ist also jene Meinung entschieden zu verwerfen.

3) Ebenso werden die beiden, Fiduciar und Fideicommissar, als Miterben behandelt, wenn der Testator gleich nur einen Theil zu restituiren angeordnet hat. Der Fideicommissar ist zu dem Theil, den er erhält, den Gläubigern und Vermächtnißnehmern verpflichtet. Immer vorausgesetzt, daß die Quart nicht verletzt ist.

4) Wenn aber der Fiduciar mehr restituirt, als er nach dem Willen des Erblassers zu restituiren hatte, z. B. $\frac{3}{4}$, und er restituirt das Ganze, so treten jene Folgen der Restitution für den Ueberschuß nicht ein. Der Fideicommissar ist nicht ipso iure loco heredis, der Fiduciar bleibt es, wie bei einer sonstigen willkührlichen Veräußerung der Erbschaft. Daher sind hier Cautionen zwischen ihnen nöthig, wodurch der Fideicommissar verspricht, alle Haftung auf sich zu nehmen, der Fiduciar alles zu übertragen. Der Fiduciar kann diesem Uebelstande, daß er noch als Erbe behandelt wird, dadurch entgehen, daß er sich zum Antritte zwingen läßt, dann wird er ipso iure von aller Haftung befreit.

Der Fideicommissar haftet ex S. C. Trebelliano, wie der Erbe haften würde, wenn dieser die Erbschaft behielte. Also nützt ihm das beneficium inventarii, womit der Erbe angetreten hat. Er selbst hat es nicht. Den Vermächtnißnehmern haftet er nie über das, was er erhält. — Wird das Fideicommiß erst später restituirt, so sind die Verhältnisse dieselben, nur daß einstweilen der Erbe allein die handelnde Person ist, also von den Gläubigern und Legatarien belangt wird, welche er von seinem und dem Antheile des Fideicommissars befriedigt. Auch nach der Restitution kann der Erbe, von den Gläubigern auf das Ganze belangt, dieses leisten und seinen Regreß gegen den Fideicommissar nehmen.

Siebentes Kapitel.

Indignität.

§. 558—561.

Manchen Personen wird das Erbrecht, (testamentarisches und Intestaterbrecht) oder die ihnen hinterlassenen Vermächtnisse entzogen, als indignis. In diesen Indignitätsfällen liegt keine Ungültigkeit des Erbrechts oder der Vermächtnisse, diese bleiben vielmehr gültig, nur tritt ein Anderer an die Stelle des Honorirten, meistens der Fiscus, aber auch andere Personen.

Die Ereption setzt die Delation an den indignus voraus, beim Erbrecht, den Erwerb bei Vermächtnissen. Daher tritt die Ereption nicht ein, wenn die Disposition ungültig, der Honorirte unfähig war, oder vor dem Erblasser, überhaupt vor der Delation oder dem Erwerb des Vermächtnisses stirbt. Denn es wird dem indignus eripirt; es setzt dies daher voraus, daß es demselben zugefallen ist. Beim Erbrecht wird auch die Erwerbung durch die Indignität nicht gehindert, und sie bleibt wirksam, insofern sie eine Confusion zum Nachtheil des indignus herbeigeführt hat. Nur der bonae fidei possessor, d. h. der ohne Bewußtsein des Indignitätsfalles Besitzende, kann in integrum restitutio dagegen erlangen. In jedem Fall wird die Erwerbung insofern als geschehen angenommen, als der ereptor den Substituten und das Accrescenzrecht ausschließt.

Der ereptor erwirbt die Rechte des indignus ipso iure, wie dieser sie erworben hätte, siehe Note a des Lehrbuchs. Er hat das ereptitium, wie es der indignus gehabt hätte, also mit den Lasten. Andererseits erhält er auch die Früchte. Der im guten Glauben befindliche Indignus muß die Früchte nur so weit restituiren, als er sie hat, der wissentliche Besitzer schlechthin.

Neuntes Buch.
Rechte an einem Vermögen außer dem Erbrecht.

Quarta Divi Pii.

§. 562.

Das besondere Recht, welches dem Unmündigen durch die Constitution des Antoninus Pius auf den vierten Theil des Vermögens des Arrogators gegeben ist, tritt in Wirksamkeit

1) wenn der Unmündige in der Gewalt geblieben, aber von dem Arrogator enterbt oder mit weniger als der Quart bedacht ist;

2) wenn ihm das Erbrecht durch Emancipation sine iusta causa entzogen worden ist; Emancipation ex iusta causa ist, wenn nach vorgängiger causae cognitio ein hinreichender Grund dazu für den Arrogator vorhanden war, z. B. zum Vortheil des Arrogatus selbst, oder dieser hat sich durch sein Betragen des Verhältnisses unwürdig gemacht;

3) wenn der Arrogator durch Veräußerungen inter vivos sein Vermögen und somit die Quart, die von dem Vermögen, das er hinterläßt, berechnet wird, geschmälert hat, so kann der arrogatus von dem Empfänger seine Quart verlangen, so weit derselbe noch etwas davon hat. Darauf geht die actio quasi Faviana und quasi Calvisiana.

Im Uebrigen siehe das Lehrbuch.

Bona ereptoria.

§. 563.

Siehe das Lehrbuch.

Bona vacantia.

§. 564.

Wenn zu einer Hinterlassenschaft kein Erbe vorhanden ist, so sind die Güter erblos, bona vacantia. Für diesen Fall sind

Personen bestimmt, welche das Recht haben, bona vacantia an sich zu nehmen. Das Recht dieser Personen ist kein Erbrecht, dieses widerspricht schon dem Begriff der erblosen Güter. Es giebt keine Classe in der Intestaterbfolge, in welche diese Personen gehörten. Aber es ist allerdings ein Recht am Vermögen, welches nach Analogie des Erbrechts behandelt wird. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Güter einer verstorbenen natürlichen Person.

Vor allem werden hier gewisse Corporationen berufen, theils nach römischem theils nach gemeinem Recht, (siehe Note b des Lehrbuchs). Nach römischem Recht gab es noch andere Collegien, z. B. die Curie. Davon ist kein Gebrauch mehr zu machen.

Außerdem tritt der Fiscus ein. Die Delation geschieht an den Fiscus durch die nunciatio, (delatio in diesem Sinn ist Delation im erbrechtlichen Sinn). Schon sie hat die Wirkung den Fiscus gegen einen dritten Besitzer zu sichern, erfolgt sie aber nicht innerhalb vier Jahren seit dem Vacanzfall, so ist der Besitzer keiner Klage von Seiten des Fiscus mehr exponirt. Der Erwerb des Fiscus tritt nicht ipso iure ein, sondern durch Annahme, der eine Untersuchung vorhergehen soll, damit sie nicht zum Nachtheil des Fiscus geschieht. Ferner muß eine Bekanntmachung, Aufforderung der etwaigen Berechtigten vorausgehen.

In der neueren Zeit hat man die Ansicht aufstellen wollen,[1] der Fiscus habe kein Recht am Vermögen, er sei nicht als Universalsuccessor zu betrachten, sondern er sei (quasi) Occupant. Es ist schon unrichtig, Occupation und Recht am Vermögen für Gegensätze zu halten. Nach altem Recht konnte jemand durch einseitige Besitzergreifung und Usucapion sogar Erbe werden. Daß aber der Fiscus loco heredis ist, wie ein Universalsuccessor, ist durch folgende Sätze außer Zweifel: 1) die Rechte, auch Forderungen gehen auf ihn über, der Käufer der Güter vom Fiscus hat eine quasi hereditatis petitio; (er hat dasselbe Recht, wie der Fiscus, auf keinen Fall mehr); 2) der Fiscus haftet für die Schulden wie ein Erbe, nicht bloß soweit das Vermögen reicht. Nur wird der Fiscus befreit durch den Verkauf der Güter, hier tritt der Käufer durchweg an seine Stelle; 3) er ist zur Praestation der Vermächtnisse verpflichtet.

---

1) Blume, Rhein. Museum Bd. IV. Nr. 6.

Blume hat noch eingewendet, bei Concurrenz mehrerer Fisci ziehe nach der Praxis jeder die in seinem Land belegenen Güter ein. Dies beweise gegen die Universalsuccession, wonach der Wohnort entscheiden müßte. Aber jenes ist nur eine natürliche Folge der Entstehung des Rechts durch Occupation. Ebenso war nach altem Recht der Usucapient zu dem Theil Erbe, zu welchem er die Güter an sich genommen hatte.

Neben den Corporationen oder dem Fiscus tritt in einem gewissen Fall eine gesetzliche Singularsuccession ein, Recht des socius liberalitatis imperialis. Wenn zwei zusammen ein Geschenk vom Princeps erhalten haben, und in Gemeinschaft geblieben sind, und einer stirbt erblos, so fällt dessen Theil an den Anderen. Nach Constantin, wenn jener ab intestato ohne Kinder verstirbt, nach Justinian erst nullo herede relicto. — Ganz falsch ist die Meinung, die Corporationen gingen ihm vor. Der Socius tritt neben ihnen ein, als bloßer Singularsuccessor.

2) Güter einer aufgehobenen juristischen Person.

Diese kann keine Erben haben, weder testamentarische noch Intestaterben. Ihre Güter sind also immer bona vacantia. Es fragt sich nun, ob diese Güter noch als Vermögen, also Gegenstand einer Universalsuccession betrachtet werden? Unsere Quellen entscheiden diese Frage nicht, nur bei collegia illicita das Gegentheil, [die zu den Zwecken der Verbindung verwendeten Güter sollen den Mitgliedern der Gesellschaft verbleiben und nach wie vor gehören]. Diese Entscheidung ist ganz natürlich, diese Güter gehörten immer bloß den Einzelnen. Ein solcher Anfall an die Glieder ist bei einer juristischen Person unmöglich, denn nicht ihnen gehören die Güter. Während des Bestehens ist vielleicht eine Austheilung, d. h. Veräußerung an die Einzelnen möglich, (wenn sie nicht durch Gesetze beschränkt ist), auf keinen Fall nach der Aufhebung. Also ist nur folgende Alternative denkbar. Entweder 1) werden sie nicht mehr als Vermögen behandelt, sondern als herrenlose Sachen. Die Schuldner würden befreit, die Gläubiger verlören ihre Forderungen. Dies kann man nicht annehmen; 2) sie bilden noch ein Vermögen, dann tritt der Fiscus ein, wie bei anderen bona vacantia. Dies ist die einzige rechtlich statthafte Entscheidung der Frage.

Siehe noch besonders Note i des Lehrbuchs darüber, daß

etwaige Rechte der Glieder (wie auch von extranei) nicht als Universalsuccession betrachtet werden dürfen.

Rechte an dem Vermögen lebender Personen.

§. 565.

Die Succession in die Güter einer lebenden Person kann

1) nur eine anticipirte Erbfolge sein (siehe im Lehrbuch den ersten Absatz),

2) ein eigenthümliches Recht: Confiscation.

Confiscation ist die Einziehung des Vermögens oder eines quoten Theils desselben durch den Fiscus zur Strafe. Nach römischem Recht war sie stillschweigende Folge jeder Capitalstrafe. Nach heutigem Recht nur bei Majestätsverbrechen, und wo sie sonst ausdrücklich als Strafe oder Theil derselben angedroht ist.

Diese Confiscation enthält eine Universalsuccession des Fiscus, welche ipso iure eintritt. Der Fiscus tritt ein in die Vermögensrechte und Verbindlichkeiten, doch haftet er nicht über den Bestand der Masse. Nicht wie bei den bona vacantia. Diese Beschränkung wird hier durch die Natur der Sache gefordert. Der Anfall geschieht ipso iure als Strafe, durch die natürlich der Strafende nicht leiden soll. Darum kann man nicht (mit Blume) die Existenz einer Universalsuccession läugnen.

Der Anfall tritt ein durch die Verurtheilung. Stirbt der accusatus vor der Verurtheilung, auch, wenn die Schuld bewiesen werden kann. Bei dem crimen maiestatis auch wenn die Accusation noch nicht erfolgt war. Wenn der accusatus sich selbst entleibte, so wird seine Schuld vermuthet; hier also haben die Erben zu beweisen, daß es nicht aus Schuldbewußtsein geschehen ist, wenn sie die Confiscation verhindern wollen.

Erfolgt aber die Verurtheilung oder was ihr hiernach gleichsteht, so wird der Anfall zurückbezogen auf die Zeit der Accusation. Von dieser Zeit an sind also alle Verfügungen der Verbrecher ungültig. In einigen Stellen wird dies sogar für Veräußerungen von der That an behauptet, in anderen dies als besonderes Recht bei dem crimen repetundarum und maiestatis bezeichnet. Wahrscheinlich soll es wenigstens von Schenkungen für alle Verbrecher gelten. Insofern der Ausschlag eines Er-

werbs, der dem Verbrecher deferirt war, in fraudem fisci geschehen ist, wird er revocirt.

Nach römischem Recht sollte auch der künftige Erwerb nach dem Tod des Erwerbers an den Fiscus fallen. Dies fällt heutzutage weg.

Ausgenommen von der Confiscation ist die Dos, wenn die Frau die Verbrecherin; wenn der Mann, wird die Dos zwar confiscirt, aber mit Vorbehalt des Rechts der Frau, die sie von dem Fiscus fordert. Das Recht an den Adventicien wird dem Vater nicht geschmälert, wenn ein Filiusfamilias der Verbrecher ist, vorausgesetzt, daß die väterliche Gewalt nicht aufgehoben wird.

Gewisse Personen schließen den Fiscus im Confiscationsfall aus. Nach Justinianischem Recht Ascendenten und Descendenten bis zum dritten Grad schlechthin, die indotata uxor auf den vierten Theil des Vermögens (ausgenommen Majestätsverbrechen). Nach welchem Recht? Viele meinen, wie der Fiscus. Aber es ist vielmehr Erbfolge anzunehmen, wie wenn der Tod eingetreten wäre, dies ist offenbar die Absicht Justinians.

Beilagen.

XX.

L. 38. D. de condictione indebiti.

L. 38. pr. §. 1. D. de condictione indebiti (12, 6): Frater a fratre cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris solvit; quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur; porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. §. 1. Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum; nam manere naturalem obligationem, argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio, deduceret pater, quod sibi filius debuisset.

Africani lex i. e. difficilis. Die Schwierigkeit liegt zunächst wenigstens nicht in den Rechtssätzen, welche in derselben angewendet werden. Haben wir diese Rechtssätze genau aufgefaßt, so wird es darauf ankommen, den Fall, der hier entschieden wird, klar vor Augen zu stellen.

Die condictio indebiti setzt ein indebitum voraus. Dies nicht bei einem debitum naturale. Ein solches entsteht unter anderem durch einen Contract unter solchen Personen, welche der-

selben väterlichen Gewalt unterworfen sind. Die Natur dieses obligatorischen Verhältnisses ist näher zu bestimmen.

Vor allem ist von dem Fall abzusehen, wenn die Brüder bona castrensia haben; hier sind sie patresfamilias, also die Obligatio civilis. In der Stelle ist von einem peculium a patre concessum die Rede.

Ein Bruder hat dem anderen von seinem Peculium ein Darlehen gegeben. Was hat dies für eine rechtliche Folge? Gläubiger ist der Vater, denn die Forderung gehört zum Peculium des Gebers, woran dieser kein Recht hat, der Vater erwirbt durch ihn. Wie nun auf Seiten des Schuldners? Er ist Schuldner des Vaters, d. h. sein Peculium ist dadurch vermindert, was sich in dem Abzug des Vaters bei der actio de peculio zeigen würde, gegenüber einem extraneus creditor. Diese Schuld konnte der Sohn gegenüber dem Vater nur in Rücksicht auf ein Peculium contrahiren. Sie ist nur Minderung des Peculiums und setzt daher ein solches voraus. Ohne dies kann der Filius nicht Schuldner des Vaters werden. Würde der Vater das ganze Peculium zurücknehmen, so würde natürlich auch die Schuld aufhören, welche nur ein Minus des Peculiums ist.

Der Vater stirbt. In wiefern hat der darleihende Bruder eine Forderung? Aus seinem eigenen Recht? Nein, denn er war ja nicht berechtigt durch den Contract, sondern der Vater. Also nur als Erbe des Vaters. Nun ist er aber nur zur Hälfte Erbe geworden, also auch nur zur Hälfte Gläubiger; zur anderen Hälfte ist der Empfänger des Darlehens Erbe, es tritt daher Confusion ein. Hat jener also nachher das Ganze bezahlt, so hat er zu diesem Theil gewiß ein indebitum gezahlt.

Utique — repetiturum. So in Beziehung auf den Gläubiger.

Aber nun entsteht die Frage: ist der Empfänger des Darlehens überhaupt noch Schuldner? Gegenüber einem Extraneus ist er Schuldner ohne Rücksicht auf ein Peculium. Nicht so gegenüber dem Vater (siehe vorhin); hier ist er nur de peculio Schuldner. Ebenso natürlich gegenüber den Erben des Vaters. Er ist also nur soweit Schuldner, als von dem Peculium, in Rücksicht dessen die Schuld bestand, etwas bei ihm geblieben ist, (und auch hier nur naturaliter). Das heißt also er muß so viel von dem ihm zugekommenen Peculium herausgeben, als die Schuld beträgt, (um so viel ist das Peculium ge-

mindert). So weit dies der Fall ist, hat er ein naturale debitum bezahlt, hat also nicht die condictio indebiti.

Anwendung auf unseren Fall. Zwei Möglichkeiten sind zu unterscheiden:

1) Der Vater hat bei seinem Tod nichts über das Peculium verfügt, dieses wird Bestandtheil der Erbschaft, also z. B. die Hälfte fällt an den Darlehensgeber, die Hälfte an den Darlehensschuldner. Der Darlehensgeber hat also selbst etwas von dem Peculium, auf dem die Schuld basirt ist. So weit muß er also selbst die Schuld tragen, (so wie er so weit von einem extraneus creditor de peculio belangt werden könnte). Beträgt nun diese Hälfte des Peculiums so viel als die Hälfte der Forderung, welche auf seinen Theil fällt, so kann er nichts mehr von seinem Bruder fordern, dieser hat also ein indebitum bezahlt.

Dies sagen die Worte: pro ea vero — consecutus.

2) Der Vater hat dem Darlehensempfänger sein ganzes Peculium prälegirt. Hier bleibt für diesen sein naturale debitum zu jenem Theil bestehen, zu dem der Geber Erbe geworden ist, die condictio indebiti findet also nicht Statt. Ja, der Geber kann gleich bei der Auszahlung des Prälegats so viel zurückbehalten, als jener Theil beträgt, und das naturale debitum durch die Exceptio geltend machen: adeo ut — fieret.

Für diese Entscheidung wird nun die Analogie eines anderen Falles angeführt, welchen Julian entschieden hat.

Setzen wir, der Bruder hat mit einem Extraneus contrahirt, so kann dieser die actio de peculio gegen den Vater anstellen, so weit das Peculium reicht. Ebenso gegen die Erben des Vaters, so weit an sie etwas von dem Peculium gekommen ist. So weit kann auch der filius debitor verlangen, daß sie die Schuld tragen.

1) Hätte er vor dem Tod des Vaters den Extraneus bezahlt, so würde dies vom Peculium geschehen, also um so viel weniger davon an seine Miterben gekommen sein.

2) Dasselbe Verhältniß muß eintreten, auch wenn er damals noch nicht, sondern nach dem Tode des Vaters bezahlte. Das Peculium ist schon durch die Existenz der Schuld gemindert. Die Miterben bekommen also bei der Erbtheilung um so viel weniger, wie wenn die Zahlung schon vor dem Tode des Vaters geschehen wäre.

Idque maxime — potuisset.

3) Hat er daher vor der Erbtheilung noch nicht bezahlt, so muß ihm bei der Erbtheilung von den Miterben Caution geleistet

werden, daß sie ihm, wenn er von seinem Gläubiger belangt wird, in diesem Verhältniß Ersatz leisten, (wenn sie es ihm nicht gleich zum voraus geben wollen).

Igitur et — praestetur.

Muß also der Miterbe, so weit an ihn etwas durch das Peculium gekommen ist, bei einem extraneus creditor haften, die Schuld übernehmen, so wird dies um so viel mehr der Fall sein müssen, wenn es sich von einer Schuld an den Bruder selbst handelt, welche lediglich durch das Peculium möglich war.

Porro eum — praestandum.

Man hat noch einen Zweifel aufgeworfen: Ist denn hier wirklich ein error, und insonderheit ein error facti? Man hat daher diese Stelle auch wohl zum Beweis der Ansicht angeführt, daß ein error iuris hinreiche, denn ein solcher Irrthum sei es offenbar gewesen, wenn der Bruder geglaubt habe, es schuldig zu sein.

Der Jurist behandelt in unserer Stelle bloß das Erforderniß des indebitum, den error läßt er dahingestellt. Er setzt also voraus, daß dieses Erforderniß vorhanden ist. Daher wäre eigentlich darüber nichts zu sagen.

Aber lassen wir uns auch darauf ein, so ist so viel gewiß, daß die Stelle jene Meinung gar nicht unterstützt. Man muß nämlich unterscheiden:

a) einen Irrthum über den Rechtssatz, z. B. daß der Schuldner als Erbe des Gläubigers zu dem Theil, zu welchem er Erbe ist, durch Confusion befreit wird, ferner, daß der darleihende Bruder nicht Gläubiger ist, sondern der Vater durch ihn. Dies wäre ein error iuris;

b) einen Irrthum über die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes auf gewisse Thatsachen.

Ein solcher Irrthum ist wie ein factischer. Und darum handelt es sich hier offenbar, da es ein schwieriger Fall ist, zu dessen richtiger Entscheidung der Jurist alles seines juristischen Scharfsinns bedarf.

Im §. 1. der Stelle werden die obigen Grundsätze auf den Fall zwischen Vater und Sohn nach der Emancipation angewendet. So weit der Sohn das Peculium behalten hat, ist das debitum ein naturale. Dieses debitum könnte der Vater auch geltend machen gegen einen extraneus creditor, welcher de peculio klagt innerhalb des Jahres, wo ihm die Klage noch nach Aufhebung der väterlichen Gewalt zusteht.

XXI.

Von der Natur des Erbrechts.

L. 62. D. de adquir. rer. dom. (41, 1): Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet. Nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur.

Die Stelle ist §. 447 Note c des Lehrbuchs dafür angeführt, daß die Persönlichkeit des Erblassers auch nach dem Antritt in der Erbschaft und folgeweise in dem Erben selbst fortzudenken ist.

Es stirbt Jemand mit Hinterlassung eines einzigen Erben. In dem Nachlasse findet sich eine Sache, deren Commercium der Erbe für seine Person nicht hat. Was geschieht damit? Nach der sonst gewöhnlichen Auffassung, wonach jene Fiction nur auf die hereditas iacens geht, müßte die Sache herrenlos werden. Also der Erbe überkäme alle Schulden, und würde ein vielleicht sehr bedeutendes Activum entbehren müssen, das überdies keinem wahrhaften Interessenten zu Gute käme.

Dies wird vermieden durch unsere Ansicht, es geht mit der Erbschaft als Theil derselben auf den Erben über; dieser ist Eigenthümer durch die Person des Erblassers, nur wird er es nicht behalten dürfen, sondern veräußern müssen; aber diese Möglichkeit der Veräußerung wird ihm eben einzig durch seine Eigenschaft als Eigenthümer.

Dies ist enthalten in der angeführten Stelle. Der Jurist fügt noch eine andere Anwendung jener Fiction hinzu, nämlich den fundus dotalis.

Ihering bestreitet jene Ansicht und diese Interpretation. Die angedeutete praktische Folge ist ihm wohl nicht sofort gegenwärtig gewesen, vielleicht würde sie ihn bedenklich gemacht haben.

Seine Interpretation ist die: Paulus spreche nur von einer verbotenen Veräußerung; eine solche sei die Vererbung nicht, daher jenes Verbot keine Anwendung auf sie finde.

Diese Erklärung ist aus zwei Gründen unmöglich:

1) Sie paßt ganz gut zu dem ersten Beispiel, aber ganz und gar nicht zu dem zweiten, von dem der Jurist gerade ex professo handelt, wie dies der Nachsatz zeigt, oder bei welchem er wenigstens mit größerer Ausführlichkeit verweilt. Die Ausschließung

von dem Commercium einer Sache kann nicht als ein bloßes Veräußerungshinderniß aufgefaßt werden. Ihering glaubt, es liege ein Fall vor, wo der Erbe nicht des Eigenthums unfähig sei, sondern nur eines gewissen Erwerbsacts. Er hat aber nicht angegeben, was für einen Fall er sich denkt. Zwei Fälle sind möglich. Entweder

a) denken wir an die Unfähigkeit civiler Erwerbsarten, z. B. Veräußerung einer res mancipi an einen Peregrinen; dies paßt nicht, weil ein solcher auch nicht des Erbrechts fähig ist. Oder

b) wir denken uns eine ganz singuläre Unfähigkeit zur Singularsuccession; abgesehen davon, daß uns von einer solchen im römischen Recht nichts bekannt ist, kann diese Unfähigkeit unmöglich mit den Worten: res, cuius commercium non habet ausgedrückt werden.

Ja dieser Ausdruck res etc. kann nur von einer Unfähigkeit des Eigenthums verstanden werden. Jenes hätte ausgedrückt werden müssen: ad heredem, quocum commercium non est.

2) Nach Ihering's Interpretation würde der Nachdruck auf alienari liegen, im Gegensatz von transeunt per universitatem. Dies ist sprachlich unmöglich. Es müßte heißen: quaedam, quae alienari non possunt, transeunt per universitatem. Die Wortstellung zeigt, daß der Nachdruck auf dem Gegensatz von sola und per universitatem ruht, wozu dann abwechselnd das jedesmal besonders passende, den Uebergang des Eigenthums ausdrückende Verbum gesetzt wird.[1]

---

1) (Ihering's Interpretation (Abhandl. aus dem röm. Recht, 1844. Nr. 3.) wird in Betreff des ersten Beispiels bestätigt durch L. 1. pr. §. 1. D. de fundo dot. (23, 5): Interdum lex Julia — cessat — quia haec alienatio non est voluntaria. Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum veluti ad heredem mariti, cum suo tamen iure, ut alienari non possit, wonach nur die freiwillige und singuläre (sola) Uebertragung unter das Verbot fällt. In Betreff des zweiten durch L. 9. pr. §. 1. D. de re mil. (49,16): Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant. — Milites, si heredes exstiterint, possidere ibi praedia non prohibentur, wonach ebenfalls nur der Singularerwerb durch Kauf, Schenkung u. dgl. verboten wird. (Vgl. L. 46. 62. pr. D. de C. E. (18,1), L. 46. §. 2. D. de iure fisci (49,14), L. 13. pr. D. de re mil. (49,16), L. un. §. 1. 2. C. de contr. iud. (1,53), L. 11. C. de his, quae vi (2,20). Der Einwand des Verfassers, daß das Verbot des Singularerwerbs nicht durch: res cuius commercium non est, ausgedrückt werden könne, verschwindet, sobald man den Ton auf commercium legt. — Daß also der Erbe nur als Repräsentant des Erblassers Eigenthümer werde, mithin dessen Person in ihm fortdauere, wie der Verfasser will, folgt aus diesen Stellen nicht, das ererbte Eigenthum ist vielmehr gerade deshalb gewöhnliches Eigenthum des Erben, weil der Erwerb durch Erbgang nicht unter das Verbot fällt. A. d. H.)

XXII.

Von dem Erwerb des Erbrechts.

L. 8. pr. D. de adquir. vel omitt. hered. (29, 2): More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt, hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae.

Die Stelle hat an sich keine Schwierigkeit, aber sie ist ein Beispiel, wie leicht man durch einen hinzugebrachten Gedankengang die Erkenntniß stören kann.

Erwerb des Erbrechts ist nie reiner Erwerb, sondern mit einer Verpflichtung verbunden; daher Pupillen ohne Auctoritas des Tutors nicht ein Erbrecht erwerben können.

Geht man von diesem Gedanken aus an die Stelle, so könnte man denken, es müsse gelesen werden: etiamsi sit solvendo.

Aber dies ist der Ideengang des Juristen nicht, sondern: würde man durch den Antritt höchstens so weit verpflichtet, als die Erbschaft reicht, so würde der Pupill auch ohne den Tutor antreten können, denn ein Pupill wird auch ohne den Tutor in quantum locupletior verpflichtet. So ist es aber nicht, wir übernehmen die Schulden, unabhängig von der Activmasse, etiamsi non sit solvendo, und darum hat der Antritt jenes keine Wirkung. (Dies ist auch durch das beneficium inventarii nicht verändert, weil hier die Wirkung an eine Voraussetzung geknüpft wird, die in einer genauen Beobachtung gewisser Formen und Vorschriften besteht, deren Unterlassung den Pupillen doch wieder unbedingt verpflichten würde.)

XXIII.

Ueber die Bestimmtheit des Willens bei Erwerbung des Erbrechts.

L. 21. §. 3. D. de adquir. vel omitt. her. (29, 2): Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret; quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est,

non ignorat, si tamen exstitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen si ignorat conditionem exstitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit.

Bei der Erklärung geht man gewöhnlich davon aus, daß die Stelle, die von dem Einflusse handelt, welchen das Nichtwissen von die Delation betreffenden Umständen hat, verschiedene Fälle entscheidet. Unter dieser Voraussetzung ist eine Emendation von Cujacius: statt non ignorat — ignorat, statt posse — non posse nicht zu vermeiden, ungeachtet sie mehrfach bestritten worden ist.

Erster Fall: Nichtkenntniß des Theils: si quis — gereret.

Zweiter Fall: Bedingung: quod et — substitutus est.

Es muß aber auch eine Nichtkenntniß sein, sonst hängt diese Entscheidung gar nicht mit der ersten zusammen. Dies würde also die Nichtkenntniß der Bedingung sein; aber die Bedingung ist eingetreten, (also die Lage der Sache in der That der Vorstellung des Erben gemäß). Also muß es hier: ignorat heißen. Dieser Fall setzt aber außerdem noch eine Emendation voraus: statt substitutus — institutus. So Haloander; freilich enthält aber alsdann die Stelle eine unleidliche Wiederholung.

Dritter Fall: Nichtkenntniß der Erfüllung?

Hier tritt keine Erwerbung ein, daher es non posse heißen muß. Dazu scheint auch allein das quemadmodum etc. zu passen, der Erbe kann beide Portionen nicht trennen, mit der einen ist auch die andere angenommen; aber dazu gehört doch, daß er davon gewußt hat. — Aber hiergegen tritt noch das Bedenken ein, daß dies doch nur eine ignorantia partis ist. Da der Erwerb eintritt, auch wenn die Substitutionsbedingung nicht erfüllt war, so kann auch sein Nichtwissen ihn nicht verhindern.

Die wahre Erklärung, welche keine Emendation voraussetzt, beruht darauf, daß die ganze Stelle nicht verschiedene Fälle entscheidet, sondern nur den ersten Satz ausführt.

Dieser Satz ist, daß die Nichtkenntniß des Erbtheils die Erwerbung nicht hindert. Dies kann z. B. eintreten, wenn der Testator seine posthumi und einen extraneus einsetzt, die Zahl jener ist dem letzteren noch unbekannt: L. 5. §. 1. D. si pars hered. (5, 4). Ein anderer Fall ist, wenn Jemand eingesetzt und zugleich substituirt ist. Beides ist untrennbar, bildet also gewissermaaßen Eine Portion, in der ersten erwirbt er die zweite mit.

Nun kann es noch ungewiß sein, ob die zweite ihm zukommen wird, dies ist bloß ein Nichtwissen der Quantität, welches der Erwerbung nach jenen Grundsätzen nicht schadet. Von diesem Fall einer Substitution eines auch Instituirten handelt unsere Stelle, aus jenem am Anfang der Stelle aufgestellten Princip.

Quod et — substitutus est. Es ist Jemand unter einer Bedingung instituirt und zugleich unter einer Bedingung substituirt. So wie er einen dieser beiden Erbtheile erwerben kann, so kann dies geschehen, obgleich der Anfall des anderen unentschieden ist, über dessen Erwerb, den Anfall vorausgesetzt, jener Erwerb mit entscheidet. Er erwirbt in dem einen den anderen unter Voraussetzung seines Anfalls mit, obgleich dieser Anfall noch nicht geschehen ist, und er dies auch weiß, er befindet sich damit nur in einer Unkenntniß der Quantität.

Der Jurist wendet dies auf den Fall an, wenn die Substitution deferirt wird, noch nicht der Erbtheil, in den er instituirt ist, da dieser noch von einer Bedingung abhängt, die er überdies wohl kennt.

Quid tamen si ignorat conditionem exstitisse? Von welcher Bedingung spricht der Jurist? Wir sind vollkommen berechtigt, es auf die conditio sub qua institutus est zu beziehen. Dieses Recht giebt uns der Gegensatz: non ignorat — ignorat. Würde man freilich den Nachdruck auf das exstitisse zunächst legen, so würden wir es von der Bedingung verstehen, von der vorher das exstitit gesagt ist.

Nehmen wir jenes, so ist die Nichtkenntniß der Erfüllung so gut ein Hinderniß der Erwerbung dieser Portion, als die Nichterfüllung, aber nicht ein Hinderniß der aditio hereditatis, weil ein Theil derselben wirklich deferirt ist. Und es gilt dasselbe wie im umgekehrten Fall, wenn er sein Erbtheil als Institutus erwerben kann, aber nicht für sich den als Substitutus, weil er die Existenz der Substitutionsbedingung noch nicht kennt: quemadmodum si ignoret etc.

Beziehen wir aber das quid tamen auf die conditio, sub qua substitutus est, worunter eine besondere, außer der natürlichen Substitutionsbedingung: si heres non erit zu verstehen ist, so setzt der Jurist natürlich voraus, daß die Institutionsportion deferirt ist, und erworben werden kann, so daß gleich hier der umgekehrte Fall beginnt. Und der Jurist sagt dann: die Nichtkenntniß der Existenz der besonderen Bedingung hindert

so wenig den Erwerb, als die der natürlichen Substitutionsbedingung.

Immer also wendet der Jurist den Grundsatz, daß die Nichtkenntniß des Umfangs des zu Erwerbenden nicht schadet, auf den Fall an, wenn Jemandem zwei Portionen hinterlassen sind, als Institutus und Substitutus, von denen er nur in Beziehung auf eine in der Lage ist, erwerben zu können.

XXIV.

Von der Berechnung der Falcidischen Quart.

L. 68. pr. D. ad leg. Falc. (35, 2): — — — Sic denique et si reipublicae ususfructus legatur sive simpliciter sive ad ludos triginta annorum computatio fit. (Aemilius Macer.)

Die ganze Stelle handelt von dem Maaßstab, wonach die Berechnung der Falcidia geschehen soll für den Fall, daß ein Legat in jährlichen Raten für die Lebensdauer vermacht ist. — In den letzten Worten wird gesagt, daß auch der einer Stadt hinterlassene Ususfructus nur mit 30 Jahren berechnet werden soll, während einige andere Stellen[1] ausdrücklich eine Dauer von 100 Jahren festsetzen.

Bei dem einer Stadt legirten Ususfructus ist die Möglichkeit vorhanden, daß er hundert Jahre dauert, nicht die Gewißheit, da er auch noch auf andere Art sich endigen kann, z. B. durch Untergang der Stadt, capitis deminutio derselben, indem sie die Civität verliert, durch non usus. Ebenso ist auch bei dem einzelnen Menschen nur die Möglichkeit anzunehmen, daß der Ususfructus bis zu dessen Tod dauert. Da nun die Juristen 100 Jahre als das höchste Lebensalter annehmen, so wird nach dieser Analogie auch die Dauer eines städtischen Ususfructus bestimmt.

Da aber bei der Bestimmung des Werths des Legats die Möglichkeit eines früheren Todes in Anschlag kommen muß, so

1) L. 56. D. de usufr. (7, 1): An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est; periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est; qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. — L. 8. D. de usu legato (33, 2).

nimmt man 30 Jahre als den Durchschnitt des Alters an, welches eine Person a prima aetate bis zum Hundertsten erreichen wird. So wie man nun bei einem eben Geborenen annimmt, daß er 30 Jahre leben wird, obwohl er 100 Jahre alt werden kann, so nimmt man auch bei dem Usus fructus einer Stadt 30 Jahre an, obwohl er 100 Jahre dauern kann. Auf diese Weise erklärt sich die Entscheidung, welche freilich mehr formell subtil als materiell richtig ist, und der man es ansieht, daß sie von einem Juristen herrührt, welcher die classische Zeit schon überlebt hat. Vergl. über diese Stelle Noodt, de usufr. II. 6, welcher dieser Erklärung am nächsten kommt.

XXV.

Von dem Abzug der Quart bei mehreren Erben.

L. 1. §. 13. 14. D. ad L. Falc. (35, 2): Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis, is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non: quisquis mihi heres erit. Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contra, in qua specie et Julianus Proculo adsensit, quam sententiam probabiliorem esse puto. Sed et D. Antoninus iudicasse dicitur, commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiae. (Paulus.)

Dem Erben wird nicht bloß sein Erbtheil, von dem die Legate hinterlassen sind, in Anschlag gebracht, sondern Alles, was er als Erbe aus der Erbschaft zieht, so auch das, was er durch Substitution erhält. Denn wenn Jemand zu zwei Portionen eingesetzt ist, z. B. einmal pure, einmal bedingt, so ist es hinreichend, wenn er nur den vierten Theil von allem diesem zusammen behält, und gleichgültig, ob beide oder nur eine dieser Portionen mit Legaten beschwert sind. Ebenso ist es bei der Substitution, welche ja auch eine bedingte Institution ist. Wenn er also bei einer Erbschaft von 4000 zu 3000 eingesetzt, und zu 3000 mit Legaten beschwert ist, sein Miterbe dagegen zu 1000 ohne Legate eingesetzt ist, so kann jener, wenn der Miterbe weg-

fällt, den Legatarien nichts abziehen, sondern muß sich jene portio vacans auf seine Quart anrechnen lassen; siehe L. 87. §. 3. D. ad leg. Falc. (35, 2).

Es entsteht nun aber die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn die portio vacans die onerirte ist? Die Entscheidung für diesen Fall geben die Worte: sed ea, quae etc. Die Portion des wegfallenden Erben betrug 3000, die Legate, mit denen er onerirt war, ebenfalls 3000; er konnte also die Quart abziehen. Nun tritt an seine Stelle der Miterbe, welcher eine unbeschwerte Portion von 1000 hat. Hier gewinnen die Legatarien nichts durch das Wegfallen ihres ursprünglichen Onerirten, nicht der Onerirte hat noch etwas Anderes erhalten, was ihm angerechnet werden müßte, sondern es ist ein Anderer an die Stelle des Onerirten getreten, der nun für nicht mehr haftet, als dieser. Dieser Grund tritt indessen nur ein, wenn der Wegfallende der besonders Onerirte war, und kann man dies nicht sagen, wenn der Testator nicht den Wegfallenden namentlich und persönlich, sondern wenn er den Erben onerirte. Denn hier ist der Eintretende auch für den Fall, daß er in die beschwerte Portion eintritt, onerirt.

Nun ist noch nachzuweisen, daß unsere Stelle wirklich diesen Fall behandelt. Deutlicher könnte dies scheinen, wenn dort stünde: qui omiserit hereditatem. Aber auch nach der handschriftlichen Lesart ist derselbe Sinn anzunehmen, nur spricht die Stelle nicht gerade von der Substitution, sondern von der Accrescenz. Die Stelle sagt also: wenn der Onerirte wegfällt und seine Portion dem Anderen accrescirt, so werden dadurch die Legate nicht vermehrt.

Register.

Die zwischen Vorlesungen und Lehrbuch des Verfassers bestehende enge Verbindung hat mich veranlaßt, wie schon früher in den Inhaltsübersichten (vgl. die Bemerkung zu Bd. 1. S. IX. und Bd. 2. S. VII.), so auch in dem Spruch- und Sach-Register durchweg auf beide Werke Rücksicht zu nehmen, was bei wichtigeren in den Vorlesungen unter Verweisung auf das denselben zu Grunde liegende Lehrbuch gänzlich unausgeführt gebliebenen Theilen des Systems als nothwendig, bei anderen minder erheblichen wenigstens als wünschenswerth erschien. In dem Quellen- und Autoren-Register dagegen mußte ich mich auf ausschließliche Berücksichtigung der Vorlesungen beschränken, da sonst ein bedeutendes Ueberschreiten der Grenzen eines Anhangs unvermeidlich war. Die dieser vierten Auflage hinzugefügten Bemerkungen und Ausführungen des Herrn Herausgebers sind in sämmtlichen Registern durch ein am betr. Orte der Seitenzahl nachgesetztes R. angedeutet. Die mit einem vorgesetzten L. bezeichneten Verweisungen beziehen sich auf die betreffenden Seitenzahlen der siebenten Auflage des Lehrbuchs der Pandekten, besorgt von Dr. A. Rudorff (1853), die bisweilen hinzugesetzten lateinischen Cursivbuchstaben auf die Noten derselben. Die theils im Text theils in den Noten der Vorlesungen abgedruckten Quellenstellen sind mit einem *, diejenigen derselben, welche in den Beilagen ausführlich behandelt sind unter Beifügung der betr. Nummer der Beilage (B.) in Klammern mit einem ** bezeichnet worden. Die Verweisungen auf die mit I. und II. bezeichneten beiden Bände beziehen sich sämmtlich auf die Seiten.

F. S.

Uebersicht.

Erste Abtheilung.

Quellen-Register.

I. Juristische Quellen.

A. Römisches Recht.

1. Vorjustinianisches.

Digesta.

Digesta.

Zweite Abtheilung.

Autoren-Register.

I. Schriften eines und desselben Verfassers.

II. Gesammelte Schriften Verschiedener, (Zeitschriften.)

Dritte Abtheilung.
Spruch=Register.

Vierte Abtheilung.

Wort- und Sach-Register.

A.

G.

H.

K.

Q.

S.

Berichtigungen.

Band 1 Seite 63 Anm. 2 Zeile 3 von unten statt 1827 lies: 1847. Seite 226 Anm. 3 und Seite 227 Anm. 5 Zeile 1 von oben statt 42, 2 lies: 44, 2.

Band 2 Seite 35 Anm. 1 Zeile 14 von unten statt obgleich lies: obgleich auch.

Officin von Bernhard Tauchnitz.